

خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والكفالات

في التشريعات والقواعد الدولية
واتفاقية الأمم المتحدة

تأليف

جمال عبد الحضر عبد الرحيم

اتحاد المصارف العربية
١٩٩٩

**خطابات الضمان والإتمادات
الضامنة والكفالات
في التشريعات والقواعد الدولية
وإتفاقية الأمم المتحدة**

**Demand Guarantees,
Standby Credits & Sureties
From Legislative, International Rules
& United Nations Convention Perspectives**

جمال عبد الخضر عبد الرحيم
**خبير مصرفي متخصص في العمليات البنكية
وعمليات تمويل التجارة الدولية**



ص.ب: (٢٤١٦) بيروت - لبنان / هاتف: ٨٦٣٤٦٠-٣-٢-٧٨٥٧١١
فاكس: ٨٦٧٩٢٥ أو ٨٦١٦٦٤-١-٩٦١-..
P.O.Box (2416), Beirut Lebanon -Telephone: 863460 - 785711/2/3
FAX: 867925 - 861664 -1- 961- 00 -

الإهداء

..... وطني

بحر عطائك غمرني منذ نشأتي
بكنوز العلم ولآلء المعرفة التي منحنيها
قيدتي بحبك الذي استحوذ على قلبي
وكتابي هذا قطرة من بحر جودك
أهديه إليك

يا وطني.....

جمال عبد الخضر عبد الرحيم

محتوى الكتاب

13	تقديم
15	سبب تأليف هذا الكتاب
17	التمهيد
27	الفصل الأول: خطابات الضمان
31	أهمية خطاب الضمان
33	التزام البنك
34	خطابات الضمان المقابلة
35	التزام البنك بصفته أصيلاً
43	طلب إصدار خطاب ضمان مقابل اعتماد ضامن
45	الولاية القضائية للعمليات المصرفية الدولية
	القانون الواجب التطبيق على خطابات الضمان والاعتمادات
54	الضامنة والمستندية
67	تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان
69	صلاحية خطاب الضمان
72	طلب التمديد المجرد من المطالبة
73	طلب التمديد أو الدفع
74	دفع قيمة خطاب الضمان
75	المطالبات التعسفية
77	القوة القاهرة
82	تسهيلات ائتمانية مضمونة بخطابات الضمان
83	صياغة الضمانات لضمان عقود التسهيلات البنكية
95	الفصل الثاني : أنواع خطابات الضمان
97	خطاب ضمان المناقصات (أولية أو مؤقتة)
99	خطاب ضمان الإنجاز (التنفيذ)

99	خطابات ضمان الدفعة المقدمة (السلفة)
102	محجوز الضمان
102	خطابات ضمان أخرى
103	خطابات الضمان المشروطة
105	أحكام قضائية في خطابات الضمان
107	علاقة خطاب الضمان بالأطراف والعقود
107	تجاريته
108	طبيعته القانونية
109	علاقات أطراف خطاب الضمان
115	الفصل الثالث: الكفالات وخطابات الضمان
117	تعريف الكفالة
118	أركان الكفالة
119	أطراف الكفالة
120	الكفالات التضامنية
126	الكفالات الصادرة من البنوك
129	صياغة الكفالات
129	1- المصطلحات والمسميات
131	2- الكفالات الاشتراطية
131	3- خطابات الضمان
133	4- الكفالة المشروطة
134	5- أسس المطالبات في الوفاء بالدفع
134	أ - بالنسبة إلى البائع/الامر
135	ب - بالنسبة إلى المستفيد
135	6- المطالبات التعسفية
137	7- طلب إصدار الضمان
140	8- العلاقات التعاقدية - تسلسل التعويض
141	9- الكفالات المشتركة
142	10- الإثراء بدون سبب
142	خلاصة القول في الكفالات الصادرة من البنوك

147	الفصل الرابع: كفالات الشحن أو النقل
159	المطالبات التعسفية في كفالات الشحن أو النقل
162	الحيازة
164	الانتقال الرمزي للحيازة بتسليم سندات البضائع
166	التدليس
171	الفصل الخامس: الكفالات
173	تفسير عقد الكفالة
174	الخلاصة
176	الكفالات الشخصية والعينية
181	الفصل السادس: التحايل والمطالبات التعسفية والقوة القاهرة
185	1- القاعدة الجرائمية في أحكام التحايل
189	2- الأوامر القضائية المقيدة للبنوك
189	1- إثبات الإحتيال
189	2- معيار البرهان
189	3- الأمر القضائي الزجري العارض
	الفصل السابع: الإعتمادات الضامنة والقواعد الجديدة للإعتمادات
197	الضامنة الدولية
199	إعتمادات الضمان
200	جوهر الفرق بين الإعتماد المستندي واعتماد الضمان
200	أسباب القواعد الموحدة لاعتمادات الضمان
203	القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان الدولية
205	قبول المستندات الإضافية
206	وقت تقديم المستندات
207	تقديم مستندات مؤرخة بتاريخ لاحق
208	استثناء المواد غير المرغوب بها
209	تمديد مدة صلاحية الاعتماد
209	مصدرو المستندات
210	اللغة المستخدمة في المستندات
210	الموقعون على المستندات

212	الشروط غير المستندية
213	المستندات الأصلية والنسخ والمكررة
218	الكلمات المحددة وما بين القوسين والأخطاء المطبعية
221	التشهير على المستندات
222	المستندات
222	السحب على أقساط
225	بيانات الخلل بالالتزام أو أسباب المطالبات الأخرى
	الفصل في مسؤولية مصدر اعتماد الضمان وفروعه
226	والعكس
227	تبليغ اعتماد الضمان
228	طبيعة اعتماد الضمان
229	الطريقة الأفضل لتعزيز الاعتمادات
230	الطرف المعزز والمؤيد
230	القوة القاهرة
234	تضارب شرط القوة القاهرة مع وقت التقادم

الفصل الثامن: اتفاقية الأمم المتحدة بالكفالات المستقلة وخطابات

237	الاعتمادات الضامنة
240	أسباب الاتفاقية
241	ملخص الاتفاقية

الملحق 247

249	قواعد اعتمادات الضمان الدولية المنشورة رقم 590
251	محتوى قواعد اعتمادات الضمان الدولية
	اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات
299	الإعتماد الضامنة
301	محتوى اتفاقية الأمم المتحدة
321	من القانون التجاري والمدني الكويتي
321	محتوى القانون التجاري والمدني الكويتي
323	من قانون التجارة الكويتي
325	الاعتماد المستندي
328	الخصم

328 خطاب الضمان
331 من القانون المدني الكويتي
333 الفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير
337 القانون
337 الكفالة
345 مصادر الكتاب
353 السيرة الذاتية للمؤلف

تقديم

إن خطابات الضمان والإعتمادات المستندية والكفالات أصبحت تشكل اليوم ميدانا هاما ورئيسيا في النشاط التجاري العام والعمل المصرفي، وأصبحت بحد ذاتها علم قائم ومتطور في ضوء تطور وتغير القوانين والتشريعات التي ترعاها على المستوى العالمي. فغرفة التجارة الدولية تحرص كل الحرص على أن تتعدل هذه القوانين والتشريعات في ضوء التغير المتواصل في البيئة التجارية والإقتصادية الدولية، مما يتطلب مواكبة سريعة ومدرسة في التشريعات والقوانين التجارية-المصرفية حفاظا على مصالح التجار والمصارف المشتركة.

إن إتحاد المصارف العربية أدرك أن عليه مهمة مواكبة كل جديد في عالم الإعتمادات المستندية وخطابات الضمان والكفالات وما شابه، طالما أن هذا الميدان يشكل حيزا أساسيا من عمل المصارف في عالمنا الحاضر، من هنا كانت محاولاته المتواصلة لإصدار المؤلفات المصرفية لكبار الخبراء وأصحاب الاختصاص في هذا المجال، من أجل إثراء المكتبة المصرفية والمالية العربية بالمؤلفات التي تنمي خبرة ومعرفة مجتمعنا المصرفي العربي.

إن هذا المؤلف الجديد للخبير الأستاذ جمال عبد الخضر عبد الرحيم يصب في هذا الاتجاه، وربما يكون الكتاب الأبرز في المكتبة التجارية-المصرفية العربية الذي يجمع بين دفتيه العديد من الأدوات التجارية والمصرفية وخصوصا خطابات الضمان والإعتمادات الضامنة والكفالات، مع عرض علمي وعملي في ضوء التشريعات والقواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة الأخيرة.

وأملنا في أن يكون هذا المؤلف إسهاما جيدا في إثراء المكتبة المصرفية-المالية العربية، وأن يجد المهتمون فائدة كبرى منه في أعمالهم اليومية.

والله من وراء المقصد.

الدكتور عدنان الهندي

الأمين العام

بسم الله الرحمن الرحيم

سبب تأليف هذا الكتاب:

تعتبر خطابات الضمان والكفالات من المواضيع المهمة للتجار، والمؤسسات، والبنوك، لا سيما الأفراد العاديين. فقد لوحظ مؤخراً تطبيق فكرة كسر الأغلال والإبتعاد عن الإحتكار بكافة أنواعه وفي شتى المجالات، فدخلت "اتفاقية الجات"¹ حيز الوجود، وأنشأت منظمة جديدة تحت إسم "منظمة التجارة العالمية" - World Trade Organization (WTO) والتي بواسطتها أزيلت الحدود من أمام التجارة العالمية الحرة بدلا من إقتصارها على مواطني البلد دون سواهم من الأجانب.

ونتيجة لأبعاد هذه الإتفاقية، ازداد تعطش التجار، والمؤسسات التجارية والمالية، لاسيما الأفراد العاديين في معرفة محل الضمانات التقليدية من الإعراب - كخطابات الضمان والكفالات - من الانفتاح العالمي الكبير الذي سيؤثر على طرق عمليات التجارة الدولية، الأمر الذي يؤثر على نظرة القضاء عند حل النزاع بين الفرقاء. فقد تخطى بعض المحاكم في هذا العصر عند إصدار أحكامها على أدوات تجارية كانت تعتقد بأنها تقليدية كما كانت بالسابق. فقد أصبحت هذه الأدوات التقليدية مصقولة بالاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية العالمية والتي تعتبر سابقة لها تأثير واضح على مجرى الأحكام القضائية الحديثة، فاليوم لا ينظر القضاء إلى مكان صدور الأداة التجارية لتحديد قانون الدولة الواجب التطبيق، بل أصبحت النظرة أكثر شمولية من مجرد حكم مقابل مواد في القانون.

¹ أو الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارية تحت رعاية الأمم المتحدة. تهدف الإتفاقية إلى دعم التجارة الحرة والعادلة بين أعضائها، ومنطلقها الأساسي هو توسيع رقعة التجارة العالمية وتحريرها، والوسيلة الرئيسية لتحقيق هذا الهدف هي مجموعة من المبادئ والقواعد، التي يمكن من خلالها الحد - بشكل كبير - من الحواجز التجارية (المتعلقة بالتعريفات الجمركية وغيرها)، وإلغاء النظم التي تحد من الممارسات التجارية غير العادلة. أنظر كتاب "اتفاقية الجات وآثارها على دول الخليج العربي" - مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية.

وكثيرا ما أنظر بحسرة شديدة على بعض الأحكام القضائية بسبب تواضع المعلومات لدى بعض المحكمين أو القضاة أو المحامين، من الذين لا يستعينون بالخبراء المتخصصين في هذه المجالات الشائكة والصعبة، فكانت نتيجة هذه الأحكام على حساب الأبرياء. وأما بالنسبة لي كخبير مصرفي متخصص في مجال عمليات التجارة الدولية، حاولت مرات كثيرة عبر الصحف والتلفزة في مقابلات خاصة ولكن دون جدوى.

وعليه أثرت على أن أصدر هذا الكتاب وهو الكتاب الأول من نوعه في عالمنا العربي الذي يجمع بين غلافه العديد من الأدوات التجارية والمصرفية وخصوصا الإعتمادات الضامنة وقواعدها الجديدة إلى جانب إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بموضوع هذا الكتاب، ليكون بمثابة مرجع لمن يرغب في الاستزادة، وخصوصا بعد انضمام الكثير من الدول العربية إلى إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الإعتمادات الضامنة، إلى جانب صدور القواعد الجديدة للإعتمادات الضامنة من غرفة التجارة الدولية في باريس ووضعها حيز التنفيذ للراغبين في الاحتكام بموادها منذ الأول من يناير من عام 1999.

وفي الختام أسأل الله العلي القدير التوفيق بهذا العمل للحصول على رضاه ورضى الباحثين في هذا المجال الواسع والمعقد في عمليات التجارة الدولية.

المؤلف

التمهيد

التمهيد

في البداية وقبل التطرق في بحثنا عن اعتمادات الضمان أو المساندة والمعروفة Standby Credits سنبحث في أصل موضوع خطابات الضمان والكفالات البنكية وخصائصهما ومدلولاتهما ومسؤوليات الأطراف فيهما من الناحيتين النظرية والعملية، مع النظر إلى المسائل القانونية والتشريعات التي تنظم تلك الأدوات والأحكام القضائية في مختلف دول العالم مثل: الكويت ولبنان ومصر وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وغيرها من الدول والتي كان بعضها سببا في خلق اعتمادات الضمان أو المساندة.

إن اعتمادات الضمان أو المساندة والمعروفة Standby Credits أصبحت من المواضيع الساخنة على مسارح المعاملات التجارية، وقد تكون في بعض الأحيان من المواضيع القائلة نظرا للإلمام المحدود بالنسبة لمن يتعامل بها سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، حيث إنها لا تبنى على مستندات تقليدية ومشهورة كوثائق الاعتمادات المستندية مثل القوائم التجارية ومستندات الشحن أو وثائقها أو مستندات ووثائق التأمين.

وبسبب منع السلطات الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية التعامل مع خطابات الضمان Unconditional Demand Guarantees، دأب المشرع الأمريكي على تنظيم أطر قانونية تنظم علاقات الأطراف في الاعتمادات المساندة أو الضمان جنبا إلى جنب مع رجالات البنوك الأمريكية، فكانت نتيجته ولادة اعتمادات الضمان أو المساندة في الأحياء التجارية والمصرفية في تلك القارة الجديدة.

وبسبب بسط نفوذ الاقتصاد الأمريكي بعد الحرب العالمية الثانية واحتكار السبعة الكبار للتجارة العالمية ودخول العولمة¹ إلى الدول بقيادة كبار رجال الأعمال المتنفذين دوليا وخصوصا رجال الأعمال في الولايات المتحدة الأمريكية²، أدخلت اعتمادات الضمان ضمن الأصول والأعراف

¹ أي نظام الدولة الواحدة.

² الاجتماع الخاص في فندق فيرمونت Fairmont Hotel على مرتفع نوب هيل Nob Hill في مدينة سان فرانسيسكو - راجع كتاب "قسخ العولمة - الإعتداء على اليموقراطية والرفاهية" تأليف الدكتور في العلوم القانونية هانس بيتر مارتين والمحرر في مجلة Tageszeitung في برلين سابقا ومدير مجلة دير شبيغل البرلينية المهندس هارالد شومان.

الموحدة للإعتمادات المستندية¹ بشكل بسيط وسطحي، مما جعل العاملين بها يتخبطون يمينا وشمالا بسبب الثغرات الكثيرة في القواعد المشار إليها والتي تعصف بهم وبالقضاة الذين لم يعرفوا كيفية حل الخلافات بين الفرقاء وأخذ القرارات القضائية المناسبة والخروج بأحكام قضائية تستطيع إطفاء النيران المستعرة في صدور المتعاملين من أطراف اعتمادات الضمان.

ودونما أي تقدم في حل الإشكالات والتعقيدات في التعاملات في اعتمادات الضمان، أصدرت الغرفة التجارية الدولية في باريس الطبعة المعدلة رقم 500 وجعلتها حيز التنفيذ في سنة 1993 للمتعاملين في الاعتمادات المستندية² مع إشارة سطحية ودونية لاعتمادات الضمان. ولا يختلف اثنان من أن القواعد الجديدة للإعتمادات المستندية³ قد ساهمت في حل الكثير من المشاكل بين المتعاملين في الاعتمادات المستندية، إلا أنها لم تكن كذلك بالنسبة لاعتمادات الضمان، وذلك إذا ما نظرنا إلى المادة الأولى من تلك القواعد⁴ والتي تنص "نطاق تطبيق الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية - تطبق الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصيغة المعدلة لعام 1993، منشور غرفة التجارة الدولية رقم 500، على جميع الاعتمادات المستندية (بما في ذلك اعتمادات الضمان ضمن حدود تطبيق الأصول والأعراف الموحدة عليها) التي تكون هذه الأصول والأعراف الموحدة مدرجة في نصها، وهي ملزمة لجميع أطرافها إلا إذا اشترط الاعتماد صراحة خلاف ذلك".

وتكرر ذكر اعتماد الضمان في المادة الثانية من نفس القواعد⁵، حيث نصت "معنى الاعتماد - لأغراض هذه المواد فإن التعابير "الاعتماد المستندي/الاعتمادات المستندية" و"اعتماد الضمان/اعتمادات الضمان" (والتي يشار إليها فيما بعد بتعبير "اعتماد/اعتمادات") تعني أي ترتيب، مهما كانت تسميته أو وصفه يجوز بمقتضاه للبنك "مصدر الاعتماد" الذي يتصرف إما

¹ نشرة رقم 400 الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية في باريس سنة 1983.

² الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.

³ الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 500 الصادرة عن

غرفة التجارة الدولية.

⁴ المرجع السابق.

⁵ المرجع السابق.

بناء على طلب وتعليمات أحد العملاء "طالب فتح الاعتماد" أو بالأصالة عن نفسه الى آخر المادة".

وإذا ما راجعنا المواد الأخرى من القواعد والتي تربو على 49 مادة بما فيها المادتين التي أوردنا ذكرهما فيما سبق، فإن المتعاملين في اعتمادات الضمان سيجدون تلك القواعد خالية من طرق عمل اعتمادات الضمان، وطرق ترتيب بيتها في العمل اليومي لتطرقها إلى المستندات التقليدية مثل "القوائم التجارية" و"بوالص ووثائق الشحن" و"بوالص ووثائق التأمين"، والمدة التي يجب أن تقدم المستندات للتداول والدفع والقبول والتي حددتها القواعد بمدة 21 يوما من تاريخ الشحن، والتي لا يمكن تطبيقها بأي حال من الأحوال على اعتمادات الضمان وإن كانت مطالبات المستفيد تعتمد على نسخ بوالص أو وثائق الشحن. وما كان للغرفة التجارية الدولية في باريس إلا الجلوس على مكاتبها والاستماع بأذان صاغية عن المشاكل والصعوبات التي يواجهها المتعاملون مع تلك النوعية من الاعتمادات والكفالات والضمانات وغيرها من أنواع التعهدات المالية والتجارية، لتصدر الغرفة الدولية في النهاية آراءها وقراراتها بهذا بشأن.

وعلى سبيل المثال أصدرت غرفة التجارة الدولية رأيها بخصوص تقديم المستندات خلال 21 يوما من تاريخ الشحن، حيث استثنتها وأخرجتها من نطاق اعتمادات الضمان معتبرة عدم جواز تطبيق شروط مستند الشحن على اعتمادات الضمان¹. وبسبب كثرة الاستفسارات والنزاعات بين الفرقاء، عمدت الغرفة التجارية الدولية على إصدار نشرتها المسماة "قواعد الاعتمادات الضامنة الدولية"، وجعلتها حيز التنفيذ للراغبين في الاحتكام بموادها منذ اليوم الأول من شهر يناير سنة ألف وتسعمائة وتسعة وتسعون، ولتكون النشرة الأولى للتطبيق على عمليات التجارة العالمية خارج نطاق الولايات المتحدة الأمريكية².

وكان ما كان من أحداث وأصداء بين مؤيد ومعارض لتلك القواعد الجديدة، حيث يرى البعض أن القواعد الجديدة ما خلقت إلا لبسط النفوذ

¹ قرار غرفة التجارة الدولية.

² راجع قانون التجارة الأمريكي الموحد :

Uniform Commercial Code – 1978, 9th ed. The American Law Institute - National Conference of Commissioners on Uniform State Laws -Official Text 1978 With Comments and Appendices Showing 1972 & 1977 Changes in Text and Comments.

الأمريكي على كافة دول العالم، وآخرين يرون أن القواعد الجديدة جديرة بالاحترام والتطبيق، لأنها وضعت بشكل ديموقراطي، يستطيع بمقتضاه المصدر للضمان الاحتكام ببعض من موادها دون مواد أخرى إذا استثنيت المواد التي لا يود مصدرها الاحتكام فيها.

وفي رأينا، فإن المعارضين للقواعد الجديدة إما أن يكونوا متخوفين من الدخول إلى دهاليز جديدة قد لا يفهمون كيفية الخروج منها إذا اقتضت الحاجة، أو أنهم من أولئك الذين يعتقدون بأن على المرء محاربة النفوذ الأمريكي في الساحة الدولية للحيلولة دون بسط ذلك النفوذ الممتد من القارة الجديدة الشابة لاعتبارات تقليدية قومية نابعة من مواقف سياسية ليس إلا، وهذه المواقف نعتبرها في رأينا الشخصي مواقف عنصرية تخرج عن إطار التطور والرقي واحترام تعددية الآراء التي من دون شك تـثري المجتمع الدولي بنتائج طيبة يستفيد منها الجميع وذلك عند إلتقاء مصالحهم من خلال توحيد لغات البشر في تعاملاتهم التجارية.

فقد سبق وأن أشعلت بريطانيا الحرب جراء عدم تصويتها لصالح القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية وتبعتها في ذلك سائر دول مجموعة الكومنولث البريطاني، ومرجع ذلك تذرع البنوك الإنجليزية التي كانت ترى أنه من الأفضل معالجة كل إعتماد مستندي بحسب سماته وظروفه الخاصة ودون التقيد سلفا في هذا الشأن بتقنين جامد، وكان ذلك ضد مبادرة الولايات المتحدة الأمريكية بتنظيمها المؤتمر الثالث عشر الذي عقد في لشبونة (البرتغال) في الفترة ما بين 11 و 15 يونيو 1951 للأخذ بمشروع التعديل الذي أعدته لجنة المسائل الفنية والعرف البنكي التي أنشأها مؤتمر مونترو في سويسرا عام 1947.

وكذلك الحال اعترضت ألمانيا على القواعد الجديدة لبنوك التغطية - النشرة رقم 525 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية - حيث أقامت الولايات على رأس أولئك المؤيدين لتلك القواعد في سنة 1996 بسبب تجانسها مع إتفاقية لجنة البنوك الأمريكية نصا وروحا وقلبا وقالبا، ومع الأسف فقد كنت أحد أولئك الذين تأثروا بالزوبعة الألمانية المعارضة لتلك القواعد، وأعترف بوقوعي في المصيدة¹.

¹ الإعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف - صفحـه 38. وانظر كذلك إلى:

وفي نهاية المطاف، أثبتتا هاتان النشرتان للإعتمادات المستندية و لبنوك التغطية نجاحهما في إنهاء الخلافات بشكل شبه كامل بين المتعاملين بالاعتمادات ومجال بنوك التغطية، بالطبع لم تكن تلك النشرات لتري النور لولا النفوذ الأمريكي على اللجان المختلفة في غرفة التجارة الدولية.

فمن الحكمة أن نستفيد من قول القائل: " لا تنظر إلى من قال، وأنظر إلى ما قال ". فلنستفد مما قيل إن كان القول فيه صلاحا، وإلا فيتوجب علينا الإتيان بالبديل إن كنا لذلك فاعلون، فالصمت أولى من أن تعلو أصواتنا فاقدين بذلك هيبتنا واحترامنا أمام الآخرين، فالرجل مخبوء تحت لسانه.

وبسبب تباين واختلاف الآراء بين مؤيد ومعارض، وبين خائف ومتردد، وبين عالم وغير عالم، أحببت أن أضيف هذا الكتاب ليصبح بين يدي المهتمين في هذا المجال، لعلنا نوفق في إضافة كتاب قد يكون قيما على أرفف المكاتب العربية، وخصوصا المكتبة التجارية الكويتية، ولأكون أحد الجنود لخدمة الأمة العربية وخصوصا أبناء بلدي الكويت الحبيبة. وعليه أقدم الكتاب.

المؤلف

الفصل الأول

خطابات الضمان

قبل التطرق إلى موضوع اعتمادات الضمان وقواعدها الجديدة، من المفيد في البداية تأسيس أنفسنا تأسيساً جيداً في معرفة خطابات الضمان، أو ما يسمى "Demand Guarantees" وكذلك الكفالات والتي تسمى "Surety"، ليكون فهمنا لهذين الموضوعين السبيل في الدخول إلى اعتمادات الضمان وقواعدها الدولية.

خطابات الضمان:

تعتبر خطابات الضمان من الأدوات البنكية التقليدية في العالم القديم، والتي لا تزال تمثل دوماً الضمان شبه الوحيد لإتمام العمليات التجارية والعقود. فاقترصر عملياً إصدار خطابات الضمان على البنوك دون سواها، فيعرف خطاب الضمان على أنه: "تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له (الآخر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".¹

ومن هنا يتضح بأن مصدر خطاب الضمان بنكاً، يتعهد من خلاله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد منه.² و من هنا نجد أن خطاب الضمان يعبر عن نفسه بنفسه بأنه صورة من صور الائتمان التي تقدمها المصارف لعملائها، ويتخذ خطاب الضمان بالنسبة للبنك شكلاً من أشكال الائتمان يتمثل في إصدار خطاب ضمان بناءً على طلب عميله يتعهد بمقتضاه في مواجهة المستفيد منه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين دون قيد أو شرط بمجرد طلب المستفيد خلال مدة صلاحية خطاب الضمان، كما جاء بنص المادة 382 من قانون التجارة.

وخطاب الضمان يعتبر إحدى عمليات البنوك الائتمانية التي تنشأ عليه عند توقيع البنك، ويقول بعض الشراح بأن خطابات الضمان هو إقراض

¹ المادة 382 من قانون التجارة الكويتي.

² مثلاً عشرة آلاف دينار كويتي وعمولة يومية بنسبة 10% بالسنة تحتسب من يوم المطالبة حتى يوم الوفاء والسداد التام.

توقيع البنك¹. فبتوقيع البنك يترتب للمستفيد مزايا كثيرة منها مطالبة البنك دون الدخول في متاهات مع الأمر.

وإن نص خطاب الضمان على الموضوع الذي أصدر من أجله حسب ما ذكر في التعريف، يكون البنك أجنبياً عن الموجب - أي العقد - حيث يعتبر البنك طرفاً أجنبياً عن العقود التي يبرمها المتعاقدين قبل إصدار خطاب الضمان أو بعد إصداره، واللذان يكتفيان بالأمر والمستفيد من خطاب الضمان. وفصل القانون خطاب الضمان من العقد وجعل خطاب الضمان أجنبياً عن العقد حسب نص المادة 385 في قانون التجارة الذي ينص: "لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد".

فإذا كانت مطالبات المستفيد تعسفية وعارية عن الحقوق تجاه خطاب الضمان، وجب على البنك المصدر لخطاب الضمان بالوفاء ودفع المبلغ للأسباب التالية:-

- (1) تعهد مصدر خطاب الضمان بالدفع دون قيد أو شرط.
 - (2) لا يتبع البنك تعليمات وأوامر الأمر بعد إصدار خطاب الضمان، حيث يكون البنك المصدر تحت طائلة المستفيد عند المطالبة بالدفع.
 - (3) لا يستطيع البنك التصل عن التزامه في الدفع عند مطالبة المستفيد لأي سبب كان، وإن أشهر إفلاس الأمر في خطاب الضمان لاعتبار أن التعهد الصادر من قبل البنك مباشرة أمام المستفيد.
- فلو افترضنا أن شركة عقارات اتفقت مع مقاول لبناء مجمع سكني، ومن شروط العقد المبرم بينهما تقديم المقاول خطاب ضمان لضمان إنجاز المجمع السكني بنسبة 10% من قيمة العقد، وأنجز ذلك المقاول مشروع بناء المجمع السكني على أكمل وجه، وفي الوقت المحدد، وباعتراف مالك المشروع "شركة العقارات"، وبالرغم من ذلك طالب مالك المشروع "المستفيد" من خطاب الضمان البنك المصدر لخطاب الضمان لدفع مبلغ الضمان، وجب على البنك الوفاء دون قيد أو شرط أو اعتراض أو تحفظ

¹ القانون التجاري - العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء - للدكتور عبد الحميد الشواربي رئيس محكمة والمفتش القضائي.

أو إيداء أي وجه من أوجه الاعتراض بسبب كون المطالبة تعسفية من جهة المستفيد.

وعليه يصبح الأمر هنا وهو المَقُول، ذليلاً أمام مطالبات البنك بالوفاء بالتزاماته من جراء إصدار خطاب الضمان نيابة عنه. فلأمر الحق في اللجوء إلى القضاء خصماً للمستفيد دون مخاصمة البنك الذي قام بالوفاء بمطالبات المستفيد التعسفية لاعتبار البنك أجنبياً عن العقد.

أهمية خطاب الضمان:

من هنا يلعب خطاب الضمان دوراً هاماً في الحياة التجارية، إذ يحل محل التأمين النقدي الذي يتوجب على الأمر تقديمه عند إبرام العقود التجارية مثل عقود التوريد والمقولة.

ويترتب على إصدار خطاب الضمان بديلاً عن التأمين النقدي والمكلف على الأمر والمستفيد في آن واحد. فبالنسبة للعميل، فإنه يستطيع استخدام السيولة النقدية التي بحوزته لتمويل مشاريعه، بعيداً عن الاقتراض النقدي الذي يعتبر مكلفاً إذا ما قارنا مصاريف الفوائد من جراء الاقتراض والعمولة من جراء إصدار الضمان.

وخطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدي، إلا أنه ليس أداة وفاء كالشيك، كما لا يعتبر من الناحية القانونية ورقة تجارية كبقية الأوراق التجارية، فطبيعته تختلف اختلافاً جذرياً وجوهرياً عن الأوراق التجارية والشيكات، حيث يعتبر ضماناً من طبيعة خاصة لا يجوز للمستفيد منه تظهيره لآخرين أو التنازل عنه لأي شخص آخر.

وأما بالنسبة للبنك، فإنه يستفيد عند إصدار خطاب الضمان وتمديد مدته، بسبب العمولة التي يتقاضاها من عميله مقابل إصدار الضمان. وتختلف قيمة العمولة من ضمان إلى آخر، فإذا كان الضمان كبير المبلغ تكون عمولة البنك كبيرة، وإذا كانت مدة صلاحيته طويلة فإن عمولة البنك تزداد بزيادة مدته.

وتتمثل مصلحة المستفيد من خطاب الضمان، إحلال البنك في تعهد الوفاء بدلاً من تعهد الأمر، حيث يشكل ضمان البنك علاقة مباشرة وأصيلة مع المستفيد بعيداً عن الأمر والعقد الذي بسببه نشأ الضمان، حيث يضمن

البنك دفع قيمة الضمان للمستفيد دون قيد أو شرط بعيدا عن النزاعات بين المستفيد وبين الأمر والتي قد تنشأ في أي وقت.

ويعتبر حق المستفيد من خطاب الضمان ذا طابع شخصي، أي أن له وحده سلطة استعماله رتبها القانون في عدم جواز تنازله عن خطاب الضمان للغير أو تداوله.

ويذكر الدكتور عبدالحميد الشواربي¹: " وفي مجال القانون التجاري، يعتبر حق الشريك في شركة الأشخاص حقا متصلا بشخص الشريك، حيث يكون لشخصية الشريك اعتبار في تكوين الشركة. وأيضا يعتبر الحق الشخصي لصيقا بشخص الدائن في جميع العقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد كما في معظم العقود التي تجريها البنوك مع عملائها كعقد القرض وفتح الاعتماد وعقد طلب إصدار خطاب الضمان من جانب العميل.

النتيجة الأولى أنه بتطبيق هذه الخصائص على حق المستفيد من خطاب الضمان، لا تكون شخصية المستفيد محل اعتبار لدى البنك مصدر الخطاب، بمعنى أنه يستوي لدى البنك أن يدفع لأي جهة يحددها العميل. وإذا كان اسم المستفيد مذكورا بخطاب الضمان فليس ذلك دليلا على أن لشخصية المستفيد اعتبارا لدى البنك، إذ أن الغرض من ذكر هذا البيان هو تحديد أركان التزام البنك ومداه.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لشخصية العميل طالب إصدار الخطاب، فهي دائما محل اعتبار لدى البنك. ذلك أن البنك لا يستوي لديه أن يصدر الخطاب بناء على طلب أي شخص، فنظرا لأن البنك غالبا ما يصدر الخطاب بغطاء غير كامل أو على المكشوف، فإنه يتحرى عن شخصية العميل وسمعته التجارية ومدى استعداده للوفاء بالتزاماته قبل إجابته إلى طلبه في إصدار الخطاب، فالاعتبار الشخصي يلعب دورا هاما في هذا التعاقد.

فالبنك هو الذي يملك إعطاء هذا الحق للمستفيد، لأن الأموال التي يمثلها خطاب الضمان قبل صرفه تعتبر ملكا له هو، كما أن البنك هو الذي يتحمل نتيجة وفائه للمستفيد أو غيره في مواجهة العميل، إذ لا شأن لمثل هذه التصرفات من جانب البنك على علاقة هذا الأخير بالعميل والتي يحددها عقد طلب إصدار خطاب الضمان. وإذا فرض ووافق البنك على تنازل المستفيد

¹ المصدر السابق.

للغير، يعتبر المستفيد في حكم من تلقى التأمين النقدي بالنسبة للعميل، ويسأل عن هذه المبالغ وما قد يتبقى منها بعد حصوله على مستحقاته الناشئة عن العقد الأصلي بينه وبين العميل.

والنتيجة الثانية التي تترتب على كون خطاب الضمان ذي طابع شخصي وفقا للرأي المشار إليه، هي عدم جواز تداول الخطاب لأن ليس له قيمة ذاتية وبالتالي لا يجوز للبنك الوفاء به إلا لشخص المستفيد أو وكيله. وقد سائر هذا الاتجاه بعض أحكام القضاء المصري¹.

ونحن وإن نتفق مع النتيجة التي انتهى إليها هذا الرأي - وهي عدم قابلية خطاب الضمان للتداول على خلاف الأوراق التجارية - إلا أننا نؤسس عدم جواز تداول خطاب الضمان أو التنازل عنها على أساس آخر، وهو أن المبالغ التي يمثلها الخطاب خلال فترة سريانه وقبل أدائها إلى المستفيد، ليست مملوكة له.

فالتزام البنك يمثل في الواقع مديونية البنك المباشرة قبل المستفيد، بمعنى أن المبالغ الملتزم بدفعها البنك هو مدين شخصيا بها، وإذا قام البنك بالوفاء بها فهو إنما يقوم بدفع مبالغ مملوكة له ولا علاقة لها بأموال أخرى تكون مودعة لحساب المستفيد أو العميل. ولذلك، يشترط للتنازل عن مبلغ الخطاب من قبل المستفيد موافقة البنك الصريحة على ذلك. أما تداول الخطاب فلا تنطبق له في مجال خطابات الضمان على خلاف الأوراق التجارية ذلك أنه ليس ورقة تجارية ولا يتضمن خصائصها المميزة".

إلتزام البنك:

إن التزام البنك في خطاب الضمان قبل المستفيد يعتبر التزاما ناشئا عن إرادته المنفردة - أي لا يجب على المستفيد أن يثبت حقوقه في مطالبة البنك عند المطالبة - فيكتفي البنك استلام مطالبة المستفيد البسيطة (ادفع المبلغ)، وذلك لابتعاد البنك عن العقد الملزم والمتفق عليه بين الأمر والمستفيد، حيث يشترط الإلزام في العقود بين طرفين أن تكون بصدد التزامات متقابلة في ذمة الطرفين (البنك والمستفيد) ومرتبطة بعضها ببعض ارتباطا سببيا، أي أن يعمل كل منهما سببا في الآخر.

¹ ويشاهد في كتب خطابات الضمان نصوص تمنع تحويل أو تنازل المستفيد عن منافعه لشخص ثالث.

وعليه يكون التزام البنك أمام المستفيد في خطاب الضمان التزاما باتيا ونهائيا لا يقبل الرجوع فيه. وبالتالي لا ينصح قبول القضاة طلبات المعارضين على البنوك في الوفاء بقيمة الضمان بواسطة استصدار حجوزات تحفظية أو احتياطية، فالالتزام من جهة البنك باتيا، وإن تدخل المحاكم بهذه الأدوات البنكية ستؤثر على هبة خطابات الضمان، وبالتالي سيؤدي إلى إرباك المعاملات التجارية البنكية الضامنة. ويصبح البنك ملتزما بالوفاء للمستفيد بمقتضى خطاب الضمان بمجرد وصوله إليه¹.

أي لا يعني التزام البنك أمام المستفيد في خطاب الضمان بمجرد توقيعه عليه، بل يتحقق الالتزام عند حيازة المستفيد لخطاب الضمان. وإن قام البنك وأصدر خطاب الضمان وحبسه عنده، أو أرسله بالبريد واستطاع استرداده، أو أرسل كتابا أو برقية للمستفيد قبل وصول الخطاب للمستفيد فإن الالتزام يسقط تلقائيا².

خطابات الضمان المقابلة Counter Guarantees:

إذا كان الأمر من خطاب الضمان في بلد أجنبي عن بلد المستفيد، وكان من شروط العقد المبرم بين الأمر والمستفيد تقديم خطاب ضمان، فيتعين على الأمر التقدم لمصرفه في بلده (البلد الأجنبي) بطلب إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد في البلد الآخر. وبسبب بعد المسافة والشقة بين البلدين، وبسبب اختلاف القوانين المعمول بها في البلدان وبسبب اختلاف الولايات القضائية، وخوفا من المستقبل المجهول، يطلب المستفيد أن يكون البنك مصدر خطاب الضمان في بلده وليس في بلد الأمر.

وعليه يطلب البنك في البلد الأجنبي من مراسله في بلد المستفيد إصدار خطاب ضمان لصالح ذلك المستفيد، مقابل خطاب ضمان مقابل يصدره البنك الأجنبي لصالح البنك المحلي في بلد المستفيد والذي نسميه "خطاب ضمان مقابل Counter Guarantee".

فيصبح لدينا خطابين ضمان، الأول صادر من البنك الأجنبي لصالح البنك المحلي، والآخر من البنك المحلي لصالح المستفيد. ولا يتبين للنظر

¹ أكدت ذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها في 1969/5/27 - راجع القانون التجاري - العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء للدكتور عبد الحميد الشواربي.

² مدني مصري المادة 91 - مصدر سابق.

الى خطاب الضمان الصادر من البنك المحلي لصالح المستفيد على أنه صادر بأمر وبطلب من البنك الأجنبي في البلد الآخر¹.

التزام البنك بصفته أصيلاً:

يترتب على التزام البنك بناء على إرادته المنفردة - كما شرحنا سابقاً - قبل المستفيد أنه يلتزم بصفته أصيلاً وليس نائباً عن العميل أو متعهداً في عقد اشتراط لمصلحة الغير، ونتيجة لذلك، فإن استقلال التزامه عن العلاقات الأخرى والتي قد تثور بمناسبة خطاب الضمان كعلاقة البنك بالعميل أو هذا الأخير بالمستفيد.

ويقصد باستقلال التزام البنك قبل المستفيد عن علاقة البنك بالعميل، أنه لا أثر لدفع العميل قبل البنك والناشئة عن العقد المبرم بينهما والذي أشار إليه العميل في طلبه لإصدار خطاب الضمان وفقاً لشروط معينة، وموافقة البنك على ذلك.

ويترتب على ذلك، أنه إذا فرض وكانت إرادة العميل مشوبة بعيب من عيوب الإدارة، فإن ذلك لا أثر له على التزام البنك قبل المستفيد، وإذا فرض ولم يقدم العميل للبنك الغطاء المتفق عليه لإصدار خطاب الضمان وفسخ العقد، فلا أثر لذلك أيضاً على حق المستفيد الذي يستمدّه مباشرة من الخطاب وليس من العقد بين البنك والعميل.

ويعتبر قضاء محكمة النقض المصرية مستقراً على استقلال التزام البنك نحو المستفيد. وعبرت المحكمة المشار إليها عن ذلك في حكم لها في 1969/5/27 بقولها "إن علاقة خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل. إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته

¹ راجع النموذج في المثال الأول - خطاب ضمان لصالح الشركة المحلية والنموذج في المثال الثاني لخطاب ضمان صادر لصالح البنك المحلي (خطاب ضمان مقابل).

تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك". ويؤيد هذا الحكم الفقه الكويتي في المادة 385 من قانون التجارة كما سنشرح لاحقاً.

كما قضت ذات المحكمة "أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه منفصلة عن علاقته بالعميل وإن التزام البنك بالوفاء التزام أصيل مستقل بالوكالة عن العميل"¹.

والمشكلة في هذه النوعية من التعاملات التجارية، في أن لكل خطاب ضمان هيئته ومواصفاته المنفصلة انفصالا تاما عن الآخر وإن كان أساس الإصدار واحداً.

ولما كان خطاب الضمان لصالح المستفيد الذي صدر من بنك محلي - البحرين على سبيل المثال - خاضعا للقوانين والولايات القضائية لدولة البحرين، ولما كان خطاب الضمان لصالح البنك البحريني الذي أصدر خطاب الضمان للشركة البحرينية خاضعا للولاية القضائية في بلد البنك المصدر لخطاب الضمان في الدولة الأجنبية. تكون المخاطر الائتمانية على النحو التالي:

(1) عدم إلمام البنوك بقوانين الدول الأخرى التي تقبل خطابات الضمان منها كأساس لإصدار خطابات ضمان لصالح مستفيدين في بلدهم.

(2) تخوف البنوك من عدم وفاء البنوك المراسلة لالتزاماتهم إذا ما طالب المستفيد في خطاب الضمان الصادر من البنك المحلي لاحتمال تعرض خطاب الضمان في الدولة الأجنبية والصادر لصالح البنك المراسل للحجز التحفظي أو الاحتياطي من قبل محاكم تلك الدول بطلب مقدم من الأمر. وعليه تقع البنوك المصدرة لخطابات الضمان ذليلة أمام المستفيدين لعدم استطاعتهم الامتناع عن الوفاء بسبب فصل العلاقات وشؤونهم في خطابي الضمان.

(3) تغيير قوانين البنوك المركزية في دول العالم بخصوص فرض قيود على التحويلات في العملات الصعبة "Exchange Control" وفرض القيود على التحويلات الخارجية.

¹ راجع القانون التجاري - العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء - للدكتور عبد الحميد الشواربي - رئيس محكمة والمفتش القضائي، وهذا يتوافق تماما مع نص المادة 385 تجارة كويتي.

(4) عدم تمكن البنوك المراسلة من التقدم بمطالبة البنوك التي أصدرت خطاب الضمان بالوفاء والدفع بسبب الحروب أو القوة القاهرة. وكان خير مثال على ذلك أيام الغزو العراقي لدولة الكويت، فقد كانت هناك الكثير من المطالبات على البنوك الكويتية بالوفاء بيوم 1990/8/1 إلا أن البنوك الكويتية لم تتمكن من تقديم مطالباتها بالدفع مقابل خطابات الضمان الصادرة لصالحها بسبب قفل البنوك أبوابها يوم 1990/8/2. ولم تسمح القوانين والأعراف الدولية تمديد مدة تلك الضمانات من تلقاء نفسها حتى زوال أسباب القوة القاهرة.

المثال الأول

نموذج لخطاب ضمان لصالح المستفيد المحلي

خطاب ضمان

الكويت في : 1999/10/10

الى : شركة أحمد و علي للمقاولات المحدودة
ص.ب 407 الصفاة 13005 الصفاة
مدينة الكويت

الموضوع : خطاب ضمان رقم 66699/55

بخصوص : عقد إنجاز المجمع السكني في شارع بيروت - حولي -
عقد رقم 995/ت ن/ الكويت.

تحية وبعد ،

نتعهد بموجب هذا الضمان بأن نكفل لصالحكم: شركة فورد المحدودة
- لندن - المملكة المتحدة.

ونتعهد بأن ندفع مبلغا وقدره فقط عشرة آلاف دينار كويتي لا غير وذلك عند
أول طلب يصدر منكم وذلك رغم أي معارضة من قبل عميلنا.

يبقى هذا الضمان ساري المفعول من 1/10/ 1999 إلى 10/10/2001
ولن نقبل أية مطالبة بعد تاريخ انتهاء صلاحية هذا الضمان.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام.

عن/ بنك الكويت الأول

المثال الثاني

نموذج لخطاب ضمان مقابل لصالح بنك ليقوم الأخير بإصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد كما رأينا في النموذج في المثال السابق.

To : First Kuwaiti Bank – Kuwait

From : Commercial Bank of London
London, U.K.

Please issue a performance guarantee on your standard format in Arabic as per details shown hereunder against our counter guarantee No. 99/GT/766 for KWD 10,000 = (Kuwait Dinars Ten Thousand only).

Amount : KWD 10,000 = (Ten Thousand Kuwaiti Dinars only)

Beneficiary's Name : Ahmad and Ali Jamal Abdul Raheem Co.
P.O. Box: 407 Safat 13005 AlSafat
State of Kuwait

For Account of : Ford Limited Co. – London – U.K.

Expiry : October 10th 2001

Subject : Performance Contract - Residential Complex
Located in Beirut St. Hawally No. 995/TN/
Kuwait

In consideration of your issuing this Letter of Guarantee, we The Commercial Bank of Bahrain, hereby undertake unconditionally to hold you indemnified against all actions, proceedings, liability, claims, damages, costs and expenses incurred in connection with your

aforementioned guarantee. Any claim or claims made by you under this guarantee will be paid on your first Telex/ Swift/ Letter/ Telegraphic demand despite any contestation on the part of our principal or any third party provided that your claim is submitted to us on or before the expiry date of this guarantee.

Our counter guarantee towards you is valid until 25/10/2001 (I.E. 15 days beyond the validity of your guarantee). This message is an operative instrument and no mail confirmation will follow.

**For and on Behalf of:
Commercial Bank of Bahrain,
State of Bahrain.**

طلب إصدار خطاب ضمان مقابل اعتماد ضامن

Request to Issue Demand Letter of Guarantee Against Standby Credit

وماذا لو كان الأمر في بلد لا تسمح تشريعاته إصدار خطابات ضمان مثل الولايات المتحدة الأمريكية؟

في هذه الحالة يطلب الأمر من بنكه في الولايات المتحدة إصدار اعتماد ضمان لصالح البنك في بلد المستفيد مقابل إصدار ذلك البنك خطاب ضمان لصالح المستفيد. ونظرا لاختلاف الطبيعة والأطر القانونية لخطابات الضمان والاعتمادات الضامنة وخصوصا بكيفية تقديم الصياغة عند المطالبة بالدفع و/أو التمديد، نجد أن البنك المطلوب منه إصدار خطاب الضمان يطالب صياغة محددة ودقيقة ليجعل من شروط اعتماد الضمان المفتوح لصالحه متجانسة تماما مع خطاب الضمان الذي سيقوم بإصداره لصالح المستفيد، لتفادي المشاكل التي قد يخلقها اعتماد الضمان عند المطالبة ومن أبرز هذه الشروط الآتي¹:

- (1) أن يكون اعتماد الضمان غير قابل للإلغاء.
- (2) أن يكون اعتماد الضمان غير مشروط.
- (3) أن يكون الوفاء عند مطالبة المستفيد منه - وهو البنك المحلي الذي سيقوم بإصدار خطاب الضمان - عند ورود أول طلب سواء كان كتابيا أو بواسطة البرقيات الإلكترونية مثل التلكس أو السويفت من دون تحديد نوعية الرسالة من حيث وجود الشفرة من عدمها².

¹ أنظر إلى المثال الثالث لاعتماد ضمان كضمان للمصرف المصدر لخطاب ضمان.

² تذرع بنك أوف أمريكا - القاهرة - برفض وفائه لبنك الخليج الكويتي - مكتب لندن - بسبب ورود مطالبة بنك الخليج بواسطة تلكس غير مشفر، حيث كان شرط المطالبة أن يتقدم البنك المستفيد إرسال رسالة بواسطة التلكس المشفر. وأعتقد في رأيي بأن بنك أوف أمريكا أستغل ظروف احتلال الكويت بسبب عدم وجود أنظمة الشفرة

4) أن يضمن البنك الدفع والوفاء رغم أي معارضة من قبل الأمر و/أو أي طرف آخر.

5) أن تكون مدة سريان صلاحية اعتماد الضمان لمدة أطول — 15 يوما على الأقل من تاريخ انتهاء صلاحية خطاب الضمان، تحسبا لاستلام مطالبات المستفيد من خطاب الضمان في آخر يوم من الصلاحية، الأمر الذي سيعطي البنك المحلي وقتا كافيا لتقديم مطالبته إلى البنك الأجنبي لأجل الوفاء بالتزاماته.

6) أن تمتد صلاحية اعتماد الضمان تلقائيا لمدة 30 يوما بعد انتهاء صلاحيته جراء إغلاق البنك المصدر بسبب القوة القاهرة، ليضمن البنك المصدر لخطاب الضمان حقوقه جراء عدم استطاعته إرسال مطالبه - للبنك الأمر المصدر لاعتماد الضمان - بالوفاء بقيمة الضمان بسبب إغلاق البنك لظروف قوة القاهرة، حروب، أو إضرابات، أو كوارث طبيعية.

7) ويفضل أن يطلب البنك وهو المستفيد من اعتماد الضمان من البنك المصدر جعل اعتماد الضمان حسب القوانين والولايات القضائية في بلده للتخلص من تعددية وتضارب القوانين وأنظمتها من بلد إلى بلد آخر، إلى جانب ضمانه عدم لجوء الأمر في الطلب من محاكم بلده استصدار حجوزات تحفظية أو احتياطية Legal Injunction، لمنع البنوك من تنفيذ التزاماتها الباتة، الأمر الذي سيمنع البنك المصدر لاعتماد الضمان من الوفاء بالتزاماته.

ومن هنا إذا طالب المستفيد من خطاب الضمان البنك المصدر لخطاب الضمان الوفاء بقيمته، يقوم هذا الأخير بمطالبة البنك الأمريكي بالوفاء مقابل اعتماد الضمان¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه أمامنا، ماذا لو لم يوافق البنك الأمريكي جعل اعتماد الضمان الصادر من قبله لصالح البنك الكويتي خاضعا لنصوص

للمكاتب المؤقتة للبنوك الكويتية أثناء ذلك الوقت - كما اعتقد بعدم أحقية البنك رفض الوفاء للمستفيد بسبب عدم وجود علة تستحق الرفض، فالشفرة ما هي إلا تأكيد صحة الرسائل المرسلة من طرف إلى طرف آخر حيث يتم تنظيم العمل في الشفرة باتفاق بين الطرفين عند بداية تعاملهما.

¹ انظر إلى المثال الثالث.

القوانين والتشريعات الكويتية مع رفضه بخضوع نصوص اعتماد الضمان في حالة النزاع للمحاكم الكويتية؟ من هنا يجب علينا التطرق في بحثنا إلى نزاعات البنوك في المحاكم خارج منظومتها القضائية لمعرفة النظام القانوني الواجب إتباعه للعمليات البنكية الدولية.

الولاية القضائية للعمليات البنكية الدولية:

كما هو معلوم، أصبحت العمليات البنكية الدولية غاية في التعقيد من نواح كثيرة، مما حدا بالمشرعين الدوليين دراسة كافة المواضيع الخاصة بالتجارة الدولية عن كثب ومن ثم إيجاد نصوص وصياغة محددة تساهم بشكل فعال بتوحيد طريقة العمل بهذه الأدوات - مثل خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والمستندية والكفالات المستقلة وغيرها من الكفالات العامة - للنهوض بتطوير التبادل التجاري بين الدول.

إن وضع أسس متعارف عليها من قبل الغرفة التجارية الدولية - في باريس - كان لها أثر طيب في القضاء على ظاهرة تعدد القواعد بين مختلف دول العالم وبنوكها، مما ساعد على تقليص هوة الخلافات بين اتحاد البنوك لكل بلد على حدة، إلى جانب توضيح كيفية التعامل بالأدوات البنكية المختلفة ذات الطابع الدولي بمختلف أنواعها مثل خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة والمستندية والكفالات المستقلة، وتوحيد مدلولات المصطلحات وطريقة تفسيرها من بنك إلى بنك آخر، ومن دولة إلى أخرى¹.

إلا أن هذه القواعد لم تتمكن بشكل أو بآخر القضاء على ظاهرة خلاف وجهات النظر فيما يختص باختيار الولاية القضائية والقانون الواجب الاحتكام به عند نشوب نزاعات بين الفرقاء.

إن تدخل الأمم المتحدة حديثاً في إصدار اتفاقيتها الجديدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة، جعلت الضمان يخضع لقانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل (المصدر للضمان) وذلك وفقاً للمادة 22 من الاتفاقية²، إلا إذا نص الضمان بأنه يخضع في أحكامه لقوانين وأحكام ولايات قضائية أخرى. إلا أن المتعاملين في خارج نطاق اتفاقية

¹ وكما ذكرت في مقدمة كتابي "الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني"

² راجع مواد الاتفاقية في ملحق الكتاب.

الأمم المتحدة يتخرجون في الإفصاح عن القانون الواجب إتباعه في حالة النزاع ضمن شروط الاعتماد المستندي أو الضامن أو خطاب الضمان في حالة صدوره من خارج بلد المستفيد.

وعليه، تضاربت آراء القضاة في هذا الشأن، فمنهم من يتحيز لقانون بلده من أجل تطبيقه على الفرقاء دون النظر إلى جدية العمليات البنكية ذات الطابع الدولي، ومنهم من يرى ببصيرة وعقلانية أكثر ويحبك المسألة بجوأة وفاعلية بخصوص القانون الواجب إتباعه في البلد محل إقامة المستفيد.

ومنهم من يذهب بعيدا عن ذلك ويقرر قانون الدولة الذي فيه تتم عملية التغطية هو الواجب إتباعه وإن كان خارج نطاق ولايته القضائية، وهذا ما أسميه الشجاعة القضائية والتي يفوح منها عطر الإبداع الخلاق في صدور الأحكام القضائية.

إن القضاة الذين لا يعيرون أهمية قصوى للعمليات البنكية ذات الطابع الدولي، يحكمون على دولهم بالفناء من الناحية الائتمانية والتي تكتسبها الدولة على مر الأجيال، فالتدمير سهل للغاية، وأما البناء فهو صعب حيث يتطلب الكثير من الوقت والجهد والعناء.

وفي قضية سمح أحد القضاة بطلب من أحد المستوردين بإصدار أمر قضائي يأمر من خلاله أحد البنوك إيقاف الدفع مقابل اعتماد مستندي بالقبول بعدما قبل البنك المراسل الكمبيالة المستندية الآجلة الدفع والمسحوبة عليه. فتتأسى القاضي الاحتمالات الكثيرة بالنسبة لعمليات القبول والتي ولدت بعد انتهاء العملية البنكية في الاعتماد المستندي - بقبول كمبيالة آجلة من قبل البنك المخول بالقبول يخلق علاقة جديدة بين من قبل الكمبيالة الآجلة وبين الطرف الذي قام بعملية الخصم وأصبح الحامل ذا النية السليمة¹ - الأمر الذي أدى إلى تجميد جميع الأسقف الائتمانية للدولة بما فيها البنوك والمؤسسات المالية والاستثمارية. فلكي تعاد هذه السقوف الائتمانية اضطر ذلك البنك إلى دفع المبلغ من ماله الخاص.

إن القضاة الذين يطلب منهم - بموجب إشعارات قصيرة الأجل - إصدار أمر قضائي، لمنع بنك من الدفع للمستفيد بموجب الاعتمادات المستندية، والضامنة، وخطابات الضمان التي لا تنقض، يجب عليهم أن يتساءلوا، عما إذا كان هناك أي تحد لصلاحية هذه الأدوات البنكية الباتة

¹ راجع الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف.

وغير القابلة للنقض والرجوع، أثر الحجز التحفظي أو الاحتياطي. فإذا كان التحدي موجودا في جوهره، يجب عدم منح الأمر القضائي وترك البنك حرا لتنفيذ التزامه التعاقدى وعدم فرض قيود عليه. والقضية الوحيدة المستثناة، والتي يجب فيها منح أمر قضائي، هي إثبات تزوير المستندات. ولكن يجب أن يكون الدليل واضحا بحقيقة التزوير ومعرفة البنك بذلك. ومن المؤكد أنه من غير الطبيعي أن يكون كافيا للقضاء بأن يعتمد على شهادة العميل غير المؤيدة، لأن الضرر الذي لا يمكن إصلاحه هو سمعة البنك الائتمانية وسمعة البلد التي يتساهل فيها قضاؤها بمنح الأمر القضائي لإيقاف الدفع¹.

¹ المصدر السابق - فصل قضايا ونزاعات أمام المحاكم - للمؤلف.

المثال الثالث
اعتماد ضمان صادر لصالح بنك مقابل أن يصدر
الأخير خطاب ضمان لصالح مستفيد

Date : February 24th, 1999
To : First Kuwaiti Bank, Kuwait
Our Reference : Irrevocable Documentary Standby Credit No. 999666

Please issue an unconditional performance letter of guarantee on your standard format in Arabic as per details shown hereunder:

Amount : KWD10,000/ = (Ten Thousand Kuwaiti Dinars only)
Beneficiary's Name : Ahmad and Ali Behbahani Co.
P.O. Box 407 Safat 13005 Al Safat -
State of Kuwait
For Account of : M/S Yousuf Al Hassan Est.
Expiry : October 10th 2001
Subject : Performance Contract - Residential Complex
Located in Beirut St. Hawally No. 995/TN/
Kuwait

In consideration of your issuing the above Letter of Guarantee, we First Commercial Bank of UAE, hereby issue our Irrevocable STANDBY CREDIT NO. 999666 in your favour for KD. 10,000 (Kuwaiti Dinars Ten Thousand) and undertake to pay to you the

aforesaid sum upon receipt of your Telex/Swift/Letter 2001 stating “that you have been called upon against your guarantee quoting your guarantee and our standby credit numbers”. Our Standby Credit is valid at our counter until and including February 29th, 2001.

Should our office on the last business day for presentation of your claim against this standby credit is closed for any reason and presentation is not timely made because of the closure, then the last day for presentation of your claim is automatically extended to the day occurring thirty calendar days after our office is re-opened for business.

Except so far as otherwise expressly stated, this credit is subject to the Uniform Customs and practice for documentary Credit - International Chamber Of Commerce Publication No. 500.

**For and on Behalf of
First Commercial Bank UAE
Dubai, United Arab Emirates**

في قضية حمزة ملص ضد بريتش أيمكس انداستريز ليميتد¹، فإن المشتري (المدعين)، قدموا طلبا للحصول على أمر قضائي يمنع البائعين (المدعى عليهم)، من السحب من الإعتماد المفتوح من قبل بنك المشتري (حجز تحفظي)، ورفض ذلك، ويذكر جيكنز آل جيه سيلرز " أن افتتاح إعتماد غير قابل للإلغاء يشكل صفقة بين البنك وبائع البضاعة التي تفرض على البنك التزاما مطلقا بالدفع". ويضيف آل جيه سيلرز، بأنه قد يكون هناك قضايا تمارس فيها المحاكم إختصاصها القضائي، مثل " وجود عملية تزوير". وهذه القضية أحييت من قبل لورد دننغ أم آر في اليان وآخرين ضد ماتساس وآخرين² والتي وافقت على " أن خطاب الضمان البنكي، يشبه إلى حد كبير الإعتماد المستندي وسوف تبذل المحاكم جهدها لتطبيقه وفقا لشروطه ولن تتدخل المحاكم في مجريات الأمور العادية عن طريق الأمر القضائي لمنع تنفيذه بالشكل الصحيح". ولهذا رفضت المحكمة طلب الحجز التحفظي في قضية ملص ضد بريتش أيمكس انداستريز ليميتد. وقد لا تظهر ظروف تضمن التدخل بموجب أمر قضائي بالحجز التحفظي.

وفي ظروف كهذه، حبست المحاكم الحجز التحفظي المضمون، لمنع ما قد يكون فيه عدم عدالة لا يمكن الرجوع عنها. وكثيرا ما رفضت المحاكم إصدار الأمر القضائي لمنع البنك الفاتح للإعتماد من الدفع. إن جوهر المسألة، وضع بشكل حاسم من قبل حاملي سجلات الأختام الملكية في إنجلترا³ إذ قال: "علينا أن نضيف كلمة حول الظروف التي يتوجب فيها إصدار أمر قضائي بالحجز التحفظي من جانب واحد يمنع البنك من الدفع بموجب إعتماد غير قابل للنقض أو كفالة إنجاز (خطاب ضمان)، إن القيمة الفريدة لخطاب الضمان، هو أن يكون المستفيد راضيا تماما، بحيث أنه في حالة نشوب نزاعات فيما بعد بين عميل البنك (الأمر)، فيما يتعلق بالتنفيذ أو الوجود الحقيقي للعقد، يتعهد البنك بصفة شخصية أن يدفع للمستفيد بشرط التقيد بالشروط المحددة في خطاب الضمان، وعندما يطلب العميل من بنكه إصدار ضمان، فإن العميل يحاول أن يستفيد من هذه الخاصية الفريدة

¹ المصدر السابق - فصل قضايا ونزاعات أمام المحاكم - للمؤلف S- 549; 2Q.B 127 (1957) 2 Lloyd's Rep.

² المصدر السابق - 1966 2 Lloyd's 25 Rep. 495

³ السير جون دونالدسون في بوليفتر أويل ضد بنك تشيس منهاتن وآخرين - 352 ALL ER (1984) المصدر السابق للمؤلف.

(الضمان البنكي)، وبإستثناء الحالات الخاصة إذا سمح للعميل أن ينتقص من شخص البنك والتعهد الذي لا يستطيع أن ينقضه والصادر بموجب طلبه من خلال الحصول على أمر قضائي بالحجز التحفظي لمنع البنك من تنفيذ تعهده، فإن ذلك العميل يقلل كثيرا من قيمة مكتسبات البنك، مهما كان حجمه وثوراه، وهي سمعته المالية والتعاقدية. بالإضافة إلى ذلك، فإن قيمة جميع الإعتمادات المستندية وخطابات الضمان والكفالات البنكية سوف تنخفض إذا ما حدث ذلك بشكل مستمر¹.

من المفيد الاستعانة ببعض من القضايا والمنازعات الدولية بين أطراف التعهدات البنكية في مختلف دول العالم والوقوف على رأي المحاكم فيها، ولعل خير مرشد في هذا السياق الدكتور عصام الدين القصبى فيما ذكره في كتابه "النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية"²، والذي يؤيد رأينا مما سبق حيث يذكر الدكتور القصبى: "صحيح ان العمليات البنكية هي إحدى المجالات الرئيسية للقانون التجاري، إلا ان هذا الفرع القانوني لم يعد ملتصقا بالأصل، أي القانون المدني، كما الحال في فجر نشأته. فتطور التجارة جعل لها نظمها وأساليبها التي اقتضتها ظروف هذا النشاط والتي لا ترتبط بالضرورة بالمبادئ والأصول التي يقوم عليها القانون المدني.

وقد غدا هذا التباعد بين شمس القانون المدني وكوكب القانون التجاري نمو الأعراف التجارية التي أصبحت قانونا للمتعاملين في هذا المجال. هذا التباعد بات واضحا في إطار التجارة الدولية التي تسودها أعراف مقبولة عالميا أوجدها أساسا غياب التشريعات الوطنية التي تخلفها عن مواكبة التطورات التجارية في هذا الميدان الحيوي.

لذا فإنه من الصعوبة بمكان تأصيل إحدى الأدوات التي أفرزتها هذه التجارب والممارسات العملية عن طريق ربطها بإحدى النظم القانونية المعروفة في القانون المدني. فالإعتماد المستندي هو أداة بنكية أوجدتها الضرورات العملية، صنعتها الممارسة وصقلتها التجربة، فصارت لها

¹ المصدر السابق.

² النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية "دراسة تطبيقية خاصة بالإعتمادات المستندية" للدكتور عصام الدين القصبى، أستاذ القانون الدولي الخاص - كلية الحقوق جامعة المنصورة - جمهورية مصر العربية - الناشر "دار النهضة العربية" سنة 1993.

خصوصيتها المستقلة التي يصعب معها ردها إلى نظم قانونية تعمل في مجال مختلف" ¹.

ومن ناحية أخرى، فقد حاولت كل نظرية من هذه النظريات المطروحة في مجال تحديد الطبيعة القانونية للإعتماد المستندي أن تستجيب لسمة من السمات الأساسية لهذه الأداة البنكية اعتقاداً منها أنها ترجح سواها، في حين أن هذه السمات ترتبط ببعضها إرتباطاً لا يقبل الانفصام. كما أن هذه النظريات أرادت أن تسند الإعتماد المستندي في مجمله لواحدة من النظم القانونية المعروفة، في حين أن هذه الآلية تتضوي على نوعية من العلاقات بينهما تباين وإستقلال كامل (العلاقة بين البنك والعميل الأمر بالإعتماد، وعلاقة البنك بالمستفيد من هذا الإعتماد)، إن استجابة أي منهما لإحدى التكييفات المطروحة فإن من الصعب أن يجتمعان معاً في ظل تصنيف واحد من هذه التصنيفات المعروضة.

ويضيف الدكتور عصام الدين القسبي، إن الإعتماد المستندي ² يستجيب لكل هذه النظريات بصفة مجتمعة ولا يتطابق مع إحداها بصفة منفردة. هذه الأداة البنكية الهامة من طبيعة خاصة أوجدها العرف التجاري الذي لا يعول على المبادئ القانونية بقدر إهتمامه بأمن وإستقرار وسرعة إنجاز المعاملات.

وفي الواقع إن أهمية تكييف الإعتماد المستندي تأتي في المرتبة الثانية مقارنة بالمشكلة الأساسية التي تثيرها هذه الإعتمادات المستندية على صعيد العلاقات الخاصة الدولية، نقصد بذلك مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.

¹ كم هو عظيم كلام الدكتور عصام الدين القسبي - سردت كلامه في كتابي هذا عن قصد، ليكون منارا للقضاء العربي لاسيما الأجنبي، حيث اعتبره أجمل ما قرأت من متفقه في الأدوات البنكية المصبوغة بالطابع الدولي.

² وينطبق كذلك على إعتمادات الضمان وخطابات الضمان والكفالات التي يكون أطرافه في دول مختلفة.

القانون الواجب التطبيق على خطابات الضمان والإعتمادات الضامنة و المستندية¹:

يذكر الدكتور جمال الدين عوض² بخصوص القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة: " ينطبق قانون البنك الضامن على خطاب الضمان، لأن عقد الضمان لا يولد سوى التزام على البنك، فمحل هذا البنك هو الذي يجذب إليه القانون المطبق (مثال س من باريس 26 يوليو 1985 مجلة المصرف 1985 ص 857 تعليق ريف لانج، ستوفليه مقال بمجلة Clunet 1987 ص 265 رقم 15) وان كان بعض القضاء قضى بقانون مكان الوفاء (ومثال لوكسمبورغ 27 نوفمبر 1980 دلو ز أخبار سريعة 504 تعليق فاسر Vasseur، والفصلية 1981 ص 815 تعليق كابرلاك ونسييهه 'Cabrillac Tessie'). وهذا الحل تطبيق لكون الضمان صورة الإعتماد. كذلك المحكمة المختصة هي محكمة مكان البنك الملتزم. ونتيجة لاستقلال الضمان فان شرط الاختصاص الوارد في عقد الأساس لا ينطبق على الضمان، كذلك، نتيجة لاستقلال عقد الضمان عن الضمان المقابل³، فان كليهما يخضعان لقضاء مستقل، لكونهما في بلدين مختلفين. كذلك الحكم بالنسبة لدعوى الضامن ضد الأمر لاسترداد ما دفعه الأول من الثاني".

كما يذكر الدكتور القسبي في كتابه⁴: "في إطار النهج التحليلي للعقد البنكي الذي توافرت عليه قناعتنا في مجال تحديد النظام القانوني الذي يحكمه، في غياب إرادة صريحة قاطعة في اختياره، أبانت هذه الدراسة عن سيطرتها لقانون الدولة التي يوجد بها البنك الطرف في هذا العقد، والذي يطلق عليه اختصاراً "قانون البنك".

فالأداء الذي يقوم به البنك يعد الأداء الأكثر تميزاً للعقد. والذي تحققت من خلاله الصلة الحقيقية بينه وبين النظام القانوني الواجب التطبيق، وذلك لدخول هذا الأداء في نطاق مهنة هذا الطرف الخاضع للكثير من القيود

¹ منقول من كتاب الدكتور عصام الدين القسبي - مصدر سابق.

² خطابات الضمان المصرفية - للدكتور جمال الدين عوض أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري - كلية الحقوق - جامعة القاهرة.

³ Counter Guarantee.

⁴ مصدر سابق.

والضوابط المحلية والتي تؤثر بطريقة غير مباشرة، وأحيانا بطريقة مباشرة على العمليات البنكية ذاتها التي يتولى هذا البنك مباشرتها.

ومع ذلك، وحسب ما أشرنا إليه، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة. فهناك من العمليات البنكية ما يتعين بشأنها اللجوء إلى معيار الأداء الذي يميز العقد المتنازع فيه بالنظر للنقل الموضوعي الذي يمثله هذا الأداء وليس بالنظر إلى صفة الطرف القائم به، ومن ثم تكون الدولة التي فيها هذا الأداء، ومن خلال الأداء نفسه، هي أكثر الدول ارتباطا بهذا العقد ويكون قانونها بالتالي هو أنسب القوانين وأكثرها ملاءمة لحكم هذا العقد¹.

والركون إلى معيار الأداء الأكثر تميزا، من الناحية الموضوعية، للعقد المتنازع في شأنه يبدو هو الحل الأرجح في حالة ما إذا كان هذا الاداء يتم في دولة أخرى غير دولة مقر البنك وكانت أهمية طرفية هذا الأخير تتضاءل أمام الوزن أو النقل النسبي لهذا الأداء. كما أن أهمية وجود البنك طرفا في العقد تتراجع لتفسح المجال للإرتباط بالأداء الموضوعي الأكثر ثقلًا في حالة العمليات التي تتم فيها بين البنوك بعضها البعض، حيث يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها هذا الأداء الرئيسي والذي تتحقق به الرابطة الأكثر واقعية، الأكثر وثوقا، بين العقد المتنازع فيه والقانون الواجب التطبيق.

إذا انتقلنا إلى الإعتمادات المستندية فإننا نجد مجالا خصبا لأعمال معياري الأداء الأكثر تميزا للعقد البنكي: فهناك بعض صور هذه الإعتمادات التي يتعين بشأنها اللجوء إلى معيار طرفية البنك، كما أن هناك صورا أخرى، وهي الغالبة، تستوجب اللجوء إلى معيار النقل الموضوعي للأداء.

وفي إطار الإعتماد المستندي بصفة عامة، توجد علاقتان قانونيتان : الأولى مصدرها عقد فتح الإعتماد، وطرفيها هما المشتري طالب الإعتماد (الموجب) والبنك الذي ارتضى فتح هذا الإعتماد (القابل)، والثانية وإن وجدت سببها أو أساس قيامها في عقد فتح الإعتماد، فإن مصدرها القريب أو المباشر هو خطاب فتح الإعتماد، هذه العلاقة الثانية طرفها الأول البنك الذي يتعهد مباشرة وبصفة شخصية، كما هو الحال في الإعتماد غير القابل للإلغاء، بالقيام بأداء معين لصالح المستفيد الطرف الثاني في هذه العلاقة.

¹ أي مكان وجود بنك التغطية Reimbursing Bank.

الصورة المبسطة لهذا الإعتماد المستندي تفترض قيام البنك المصدر للإعتماد بسداد قيمته للمستفيد وذلك بعد إستلام مستندات البضاعة المباعة ومراجعتها والتأكد من مطابقتها لشروط الإعتماد، حسبما هو وارد بخطابه المرسل للمستفيد، ثم يقوم البنك بتسليم هذه المستندات لعميله في مقابل استرداده لما تكبده في سبيل تنفيذ هذه المهمة (ونلك حسب الشروط الواردة في عقد فتح الإعتماد).

في إطار هذا الغرض المبسط للإعتماد المستندي، والذي يتولى فيه البنك المصدر للإعتماد مهمة الوفاء به للمستفيد، فإننا لا نجد مبررا للخروج عن نطاق قانون هذا البنك بإعتباره قانون الطرف صاحب الأداء الأكثر تميزا للعقد، بل ان هذا الأداء له ثقلين: فهذا الأداء يدخل في مهنة أحد أطراف العقد، كما أن هذا الأداء يرتبط بالموضوع الأساسي لهذا العقد، فالبنك إذ يقوم بتنفيذ الإعتماد، أي الوفاء للبايع في مقابل إستلام المستندات منه وفحصها يكون بذلك، من الناحية الموضوعية، صاحب الأداء الرئيسي في هذا العقد. علاوة على ذلك، فقانون البنك في هذا الغرض هو قانون الطرف المشترك في العلاقتين القانونيتين الذي يدور الإعتماد المستندي في إطارهما: العلاقة الناشئة عن عقد فتح الإعتماد، والعلاقة الناشئة عن خطاب الإعتماد، فهذا الطرف إذا الذي تتجمع لديه خيوط هذه العملية البنكية بأكملها.

ولتطبيق هذا القانون أيضا، قانون البنك، ميزة تحقيق وحدة القانون الواجب التطبيق على هاتين العلاقتين القانونيتين اللتين وإن ظهرتتا مستقلتين من الناحية القانونية إلا أن بينهما إرتباطا وثيقا من الناحية العملية.

هذه القاعدة أيضا لا يوجد ما يبرر الخروج عليها في حالة تكليف البنك المصدر للإعتماد لفرعه أو مراسله في الخارج بمهمة إخطار المستفيد بخطاب الإعتماد، وذلك أن البنك الذي يتولى مهمة الإخطار لا يتعهد بأي إلزام شخصي تجاه المستفيد فدوره محصور في التبليغ بخطاب الإعتماد. هذا البنك حتى لو قام، علاوة على ما تقدم، بمهمة إستلام المستندات فيكون ذلك من أجل إرسالها للبنك المصدر للإعتماد من أجل مراجعتها. فدور الوساطة التي يقوم به هذا الفرع أو ذلك المراسل هو من قبيل توطين بعض المسائل الإجرائية، المتعلقة بالعمليات البنكية، في مقر المستفيد مساعدة له

وتسهيلاً عليه، و يظل جوهر الإعتماد المستندي وأداءاته الأساسية بيد بنك المشتري المصدر والمنفذ للإعتماد¹.

هذا الفرض يختلف تماماً عن الفرض الذي يعهد فيه البنك المصدر للإعتماد آخر في دولة البائع، سواء كان هذا البنك فرعاً أو مراسلاً له، بمهمة تنفيذ هذا الإعتماد المستندي لحسابه، أي أن يقوم بإستلام ومراجعة المستندات ودفع قيمة الإعتماد للمستفيد.

يرى البعض أن تكليف البنك المخاطر بالإعتماد، والذي يقع غالباً بموطن البائع، بمهمة تنفيذ الإعتماد لا يغير من الأمور شيئاً. فالوفاء الذي يتم في هذه الحالة بمعرفة هذا البنك المنفذ للإعتماد إنما يرتبط بشروط وعبارات الإعتماد الذي ارتضاه البنك المصدر، كما أن هذا البنك المنفذ للإعتماد - البنك المعتمد لديه - إنما يقوم بهذه المهمة في هذه الحالة لحساب البنك المصدر للإعتماد، هذه المهمة قد أسندت لهذا الفرع أو ذلك المراسل بهدف التيسير على المستفيد في قبض قيمة الإعتماد بمجرد تسليم المستندات الصحيحة في موطنه، ومن الصعب أن نستنتج من ذلك وجود إرادة للمتعاقدين في تعديل القانون الواجب للتطبيق².

هذا الاتجاه يتعذر في الحقيقة التسليم به ذلك أن البنك لا يقوم بهذه المهمة، مهمة تنفيذ الإعتماد، دون مسؤولية عليه، فقبول هذا البنك مهمة فحص ومطابقة المستندات أو تدخله قابلاً للكمبيالة أو متداولاً للسحوبات تجعله واقفاً في دائرة المخاطر التي تحيط بالإعتماد المستندي، كما أن هذا

¹ وتعقياً على كلام الدكتور عصام الدين القسبي، نقول: بأن هذه النوعية من الإعتمادات المستندية نسميه الإعتماد المباشر، أي الذي يتوجب صرفه مقابل تقديم المستندات في مكاتب البنك المصدر قبل تاريخ إنتهائه إذا لم يخول بقبول تقديم المستندات إلى البنك المراسل قبل ذلك التاريخ - للمزيد راجع "الإعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني" - للمؤلف.

² أنظر J. P. Mattout - المرجع السابق، فقرة 252 ص 304، هذا الإتجاه يتفق مع ما ذهب إليه القضاء السويسري، انظر Trib. Fed. Suisse, 6 Dec. 1961 P. 940 Obs. Laive، هذا الحكم يبدو أنه يعبر عن وجهة نظر خاصة بالإعتماد المستندي، ذلك أن المحكمة الاتحادية السويسرية نفسها قد اتخذت موقفاً مخالفاً من قبل بالنسبة لمشكلة القانون الواجب التطبيق على عقد القرض حيث قضت بأن هذا العقد يخضع لقانون المحل الذي يتم فيه الوفاء بأداء المقرض، انظر:

Trib. Fed. Suisse, 10 June 1952, Rev. Crit. Dr. International Pr. 1953 p.390 Note Klattel.

البنك المنفذ لن يستطيع الإفلات من القيود التنظيمية المحلية، ناهيك عن أنه يخرج من إطار توقعاته وهو يقوم بهذه العملية البنكية، ولو لحساب بنك آخر أجنبي لصالح مستفيد من رعاية الدولة التي يباشر نشاطه على إقليمها. أو على الأقل من المقيمين على أرضها، إن هذه العملية يمكن أن تخضع لقانون أجنبي¹.

و خضوع الإعتدال المستندي في مثل هذا الغرض الكثير الءءوء، لقانون محل تنفيذ الإعتدال يءء قبولاً واسعاً من القضاء. وإذا كان القضاءان المصري و الفرنسي قد عبرا عن موقف مؤيد لتطبيق هذا القانون²، إلا أن

¹ حتى إذا سلمنا بأن العلاقة التي تربط البنك المصدر للإعتدال والبنك المنفذ له هي من قبيل الوكالة فإن الفقه يجمع على خضوع التصرفات التي تتم بمقتضى هذه الوكالة محل تنفيذها، أنظر - Fr. Rigaux "Le Statut De La Representation - أنظر في تأييد الفقه بصفة عامة لتطبيق قانون محل تنفيذ الإعتدال المستندي Arminjon - المرجع السابق ص 398 MAURICE NASSER - المرجع السابق - فقرة 64 ص 48. أنظر أيضاً في ترجيح معيار محل تنفيذ الإعتدال المستندي، وقياساً على حلول تنازع القوانين في مادة الوكالة F. M. Ventris Bankers Documentary Credits - 2 nd Ed. 1983 P. 77 - كما يشير البعض تأييداً لهذا المعيار أنه لا يوجد ما يبرر تطبيق قانون البنك المصدر للإعتدال، قانون محل إسترءاء قرضه (أي قيمة الإعتدال) كما هو الحال بالنسبة للقرض الإستهلاكي، ذلك أن إسترءاء البنك لقيمة الإعتدال إنما يندرج في إطار العلاقة بينه وبين عميله الأمر و لا شأن للمستفيد بها، كما أن الإعتدال المستندي يقوم بوظيفة اقتصادية مختلفة تماماً عن غاية الإستهمال التي يدخل في إطارها ذلك القرض الإستهلاكي، راجع J. Stoufflet - رسالة الدكتوراه، المرجع السابق الإشارة إليه فقرة 117 ص 116 . النظام القانوني للدكتور عصام الدين القصبي.

² ففي قضية تتعلق بصفة خاصة بالإعتدال المستندي المعزز، قضت محكمة النقض المصرية في 1984/2/27 في الطعن رقم 443 لسنة 45 ق بأنه لما كان " البنك الطاعن قد عزز الإعتدال المستندي الذي فتح لصالح الشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسله المءءء في خطاب الإعتدال والذي فوضه دون غيره في القيام بكل ما يتعلق بالإعتدال (أي بإستلام المستندات و مطابقتها و الوفاء بقيمة الإعتدال) فإن هذا البنك - هو بنك مصر فرع بور سعيد - يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الإعتدال و كل ما يتعلق به بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري و هو ما تكون معه المحاكم المصرية هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ عن هذا التنفيذ كما يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق على النزاع المعروض بإعتباره قانون محل التنفيذ الذي يحكم العقد؛" أما القضاء الفرنسي فهو أقل وضوحاً و ذلك لخصوصية النزاع الذي عرض على محكمة إستئناف باريس، إذ يتعلق بمدى الإحتجاج على الغير بحوالاة الإعتدال المستندي، ومع ذلك فقد إنتهزت المحكمة الفرصة للتأكيد على أن القانون الواجب

موقف القضاء الإنجليزي نجده - في الواقع - أكثر وضوحاً في الأخذ بمعيار محل تنفيذ الإعتماد أساساً لتحديد القانون الذي تحكمه¹.

فقد أكدت المحكمة الإنجليزية Queen's Bench Division على تطبيق قانون محل تنفيذ الإعتماد في قضية Offshore International S. A v. Banco Central S. A. and others².

وتدور واقعات هذه القضية حول قيام شركة Hijos de Berreras S.A. (المدعى عليه الثاني)، وهي شركة إسبانية، بالاتفاق مع الشركة المدعية وهي شركة بنمية، على تشييد حفار غاطس لإستخراج البترول، قيمة العقد 9,950,000 دولار أمريكي يدفع القسط الأول منه 3,000,000 دولار بمجرد التوقيع على العقد. وقد إتفق الطرفان على إسترداد الشركة البنمية القسط المدفوع - في حالة إلغاء العقد يكون مضمونا بإعتماد غير قابل للإلغاء صادر عن البنك الأسباني (المدعى عليه الأول).

التطبيق على هذا الإعتماد المستندي هو قانون محل تنفيذه، راجع - Paris, 26 mars 1986, D. 1986. P.374, obs Vasseur . الدكتور عصام الدين القصبى.

¹ وقد سلك القضاء الأمريكي نفس المسلك دون أن يؤكد صراحة على أرجحية تطبيق قانون محل تنفيذ الإعتماد، انظر J. Zeevi & Sons v. Grindlays Bank (Uganda), 37 N. Y. 2d 220, 371 N. Y. S. 2d 892, 899, 333 N. E. 2d 168 (1975) وقد انشغلت المحكمة في هذه القضية بداءة بالتأكيد على أهمية مدينة نيويورك كمركز تجاري ومالي عالمي ومكانها كمركز دولي للمقاصة وسوق زاخمة بالصفقات وإن مصارفها تلك من التسهيلات والصلات الخارجية ما يجعلها أكثر مقدرة على إدارة عمليات الإعتماد المستندي. أما فيما يتعلق بمشكلة القانون الواجب التطبيق على الإعتماد المستندي المتنازع في شأنه فقد قضت المحكمة بتطبيق قانون ولاية نيويورك باعتباره قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالنزاع والتي تتعلق مصالحها بنتائجه. وقد دعمت المحكمة هذا الإستخلاص بالركون للإدارة الضمنية للأطراف المتمثلة في الإتفاق على الوفاء بقيمة الإعتماد بالدولار الأمريكي. ومما يسترعي الانتباه ما أشارت إليه المحكمة من أن الإختصاص الممتد للقوانين الأجنبية (أي تطبيقها بمعرفة القاضي الأمريكي)، يقوم على اعتبارات المجاملة، وأنه إذا ما تعارضت هذه الإعتبارات مع النظام العام الأمريكي فإن هذا الأخير يكون له السبق والترجيح. إن تطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة والذي يتفق مع فقه المدرسة الهولندية (ق 17) قد لقي كثير من النقد من فقهاء القانون الدولي الخاص حتى من الفقه الأمريكي نفسه، راجع H. Batiffol & p. lagarde ، المرجع السابق فقرة 226 ص 270 (هامش 1/226). المرجع السابق للدكتور عصام الدين القصبى.

² راجع Queen's Bench division, 13th, 14th May 1976, All ER, 1976.3. QB.p.749. - مرجع السابق للدكتور عصام الدين القصبى.

وبناء على ذلك فقد تلقى البنك الأمريكي Chase Manhattan Bank، باعتباره مراسلا للبنك الأسباني في الولايات المتحدة الأمريكية مقر نشاط الشركة المدعية، أمرا من البنك الأسباني لإخطار هذه الشركة بأنه - أي البنك الأمريكي - قد فتح اعتمادا قطعيا لصالحها بمبلغ لا يتجاوز 3,000,000 دولار أمريكي، مضافا إليه فائدة سنوية قدرها 6%، يقوم هذا البنك بدفعه بمجرد تقديم ما يفيد إلغاء عقد المقاوله مشفوعا بقرار تحكيمي يؤكد على حق المدعي في استرداد هذا القسط المدفوع.

وبالنظر إلى خطاب الاعتماد المذكور لقد جاء خاليا من كل نص يحدد النظام القانوني الذي يحكمه، فقد أشارت المحكمة إلى أنه في هذه الحالة يتعين إخضاع الاعتماد للنظام القانوني الذي يرتبط به برباط وثيق كما تقضي القواعد العامة في مادة العقود.

وفي بحثها عن هذا النظام القانوني ذهبت المحكمة إلى أنها في هذا الصدد "غير معنية بعقد التشييد المبرم بين المدعي والمدعى عليه الثاني، ذلك أن خطاب الاعتماد نفسه قد نص صراحة على أن أي إشارة إلى هذا العقد - احتواها هذا الخطاب - هي فقط لأغراض تعريفية Purpose only is for identification، ولكن هذا العقد ليس جزءا من هذا الاعتماد¹.

وبناء على ذلك فلقد خلصت المحكمة إلى أن الإتفاق الوحيد الذي يحل في إعتبارها هو ذلك المتعلق بخطاب الاعتماد الصادر على المدعى عليه الأول (البنك الأسباني) الذي نصب فيه المدعي مستفيدا وهو ما يلقي على الأول التزاما بالوفاء تجاه هذا المستفيد بصرف النظر عن أي منازعة تقوم بين هذا الأخير والمدعى عليه الثاني (الشركة الأسبانية).

بناء على هذه الإعتبارات فقد قضت المحكمة، في إطار فصلها في النزاع المعروض والذي يتعلق بمدة صلاحية الاعتماد، بأن كل عناصر تنفيذ هذا الاعتماد تقع في الولايات المتحدة الأمريكية، فالإعتماد قد فتح من خلال بنك أمريكي والوفاء بقيمة الاعتماد يتعين القيام به في هذه الدولة وبعملتها الوطنية، في مقابل مستندات تسلم إلى البنك الأمريكي، وبالتالي فإنه بالرغم

¹ في الحقيقة إن استقلالية الاعتماد المستندي وانفصاله كليا عن العقد الأساسي يعد من السمات الأساسية لهذه الأداة البنكية يتعين مراعاتها دون الحاجة إلى أن ينص الاعتماد على ذلك حسب الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية - النشرة 500 - الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية وكذلك قانون التجارة الكويتي المعدل لسنة 1968 .

من أن البنك الاسباني ومصدر الإعتماد، وهو مصدر إلزام البنك الأمريكي، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأمريكي، إن القول بغير ذلك يعرض هذا البنك المنفذ للاختلافات الحادثة بين النظم القانونية وهو ما يجب أن ننأى به عنها.

هذا القضاء يتوافق في الواقع مع موقف الفقه الإنجليزي الذي يؤكد على أهمية تطبيق قانون محل تنفيذ الإعتماد، ذلك بالنظر إلى "أن رجال الأعمال لا ينشغلون عادة بالإتفاق صراحة أو حتى ضمناً على تطبيق قانون معين، في هذه الحالة يجب على المحكمة أن تحدد ليس ما أراده الأطراف كقانون للعقد، ولكن أن تصل إلى القانون الذي يمكن لرجل الأعمال الحصيف أن يختاره في مثل ظروف هذه الصفقة..... في هذه الحالة يجب أن تقوم هذه القرينة على أساس أن الأداء الذي يقوم به البنك في إطار إئتمان تجاري يجب أن يخضع للقانون الساري في محل التنفيذ، أي في الدولة التي تقدم فيها كمبيالة البائع للبنك لقبولها أو الوفاء بها¹.

وقد إنتحت محكمة الإستئناف الإنجليزية هذا المنحنى أيضاً في قضية ² Power Curber International Ltd v. National Bank of Kuwait وتتلخص واقعة هذه القضية في قيام شركة كويتية بالتعاقد في 6 يوليو 1979 مع شركة أمريكية ومقرها North Carolina على شراء مجموعة من الآلات بسعر CIF على أن يتم الوفاء بنسبة 25% من قيمة الصفقة بمجرد تقديم المستندات الخاصة بتصدير هذه الآلات، أما الباقي فيتم الوفاء بعد عام من تاريخ شحن الآلات.

وقد إتفق في هذا العقد على قيام المشتري بإصدار خطاب إعتماد بباقي الثمن غير المسدد، تنفيذا لهذا الإتفاق، وبناء على طلب المشتري، أصدر بنك

¹ Gutteridge & Mergah "Law Banker's Commercial Credits" 5th ed 1976 p. 198 - مصدر السابق - راجع كذلك "الإعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني" للمؤلف والذي إستعرض من خلاله وجهة نظره المعارضة لتدخل المحاكم في البلد الذي أصدر الإعتماد عندما تكون هناك كمبيالة آجلة مسحوبة على المراسل قد قبلت، الأمر الذي سيؤدي إلى إقحام المصارف في أمور خارجة عن نطاق الإعتماد المستندي بسبب عملية قبول كمبيالة ودخول طرف أجنبي عن الإعتماد المستندي وهو حامل الصك ذو النية السليمة - راجع تطهير الدفوع من نفس الكتاب.

² راجع Court of Appeal, Civil Division, 15th, 16th, 17th, June, 3rd 1981, vol. 3. CA p. 607 - المصدر السابق.

الكويت الوطني في 6 سبتمبر 1979 لصالح البائع خطاب إعتقاد غير قابل للإلغاء بمبلغ 300.000 دولار أمريكي يقوم مراسله Bank of America بإخطار البائع بهذا الخطاب من خلال بنك ثان في ولاية نورث كارولاينا - North Carolina International Bank.

وفي 26 ديسمبر 1979 تم شحن مجموعة من الآلات بقيمة تتجاوز 100.000 دولار أمريكي وقام المستورد بدفع 25% من قيمتها للبائع مقابل مستندات الشحن، كما قام هذا الأخير بسحب كمبيالة على بنك الكويت الوطني بباقي القيمة تستحق في 26 ديسمبر 1980، في نوفمبر 1980 حصل المشتري في دعوة متصلة بالصفقة ومنفصلة عن الإعتقاد، على أمر من قاضي الأمور الوقتية بالكويت، أيدته في ذلك فيما بعد محكمة استئناف الكويت، مقتضاه الحجز على المبلغ المستحق للمدعي لدى البنك الكويتي طبقاً لخطاب الإعتقاد ومنع البنك من القيام بأي وفاء جديد.

ونتيجة لما لحق به من ضرر من جراء ذلك توجه المدعي بدعواه إلى القضاء الإنجليزي، باعتبار أن البنك الكويتي يمارس نشاطاً في إنجلترا من خلال مكتب له بالعاصمة البريطانية، بالرغم من إستجابة المحكمة الإنجليزية بمطالب المدعي فإنها قضت بأن هذا الحكم موقوف النفاذ لحين صدور أمر آخر.

استأنف المدعي وقف التنفيذ الذي قضى به الحكم المطعون ضده، كما رفع البنك الكويتي استئنافاً مقابلاً Cross Appeal ضد نفس الحكم وذلك بصفة أساسية على أساس أن قانون الإعتقاد، وهو القانون الكويتي يحظر الوفاء بهذا الإعتقاد، وبصفة احتياطية على أساس أن مقر الأموال المدين بها موجودة بالكويت¹ وبالتالي فإن تحديد أثر أمر الحجز على هذه الأموال يخضع أيضاً للقانون الكويتي. وقد خلصت محكمة الاستئناف بعد إستعراضها لهذه الوقائع تفصيلاً إلى التأكيد على مجموعة من المبادئ الهامة تسنى لها طرحها من خلال هذه القضية:

¹ إذا كان المقصود بأموال المدين هي أموال الأمر فالاحتجاج باطل لكون الإعتقاد فيه التزام مباشر من قبل البنك إلى المستفيد. وإن كان المقصود بأموال المدين هي أموال بنك الكويت الوطني فإن الاحتجاج ضعيف لانتخاب بنك تغطية واقع في الولايات المتحدة - المؤلف.

1) إن القانون الذي يحكم الإعتماد هو قانون المحل الذي يرتبط به الإعتماد برابطة أكثر واقعية، وهو في صدد هذا النزاع قانون ولاية North Carolina لأنه في هذا المكان طلب البنك المدعى عليه صراحة في خطاب الإعتماد أن يتم تنفيذ التزامه بالوفاء.

2) إن مقر الأموال المدين بها البنك إنما يقع في الولايات المتحدة الأمريكية، ذلك أن الأموال يكون موقعها عادة في المكان المقرر فيه الوفاء بها، فموقع أي دين هو موطن المدين.

3) لما كان القانون الأمريكي هو قانون العقد وهو أيضا قانون موقع الأموال محل النزاع، فإن القانون الكويتي لا يكون له صفة في هذه الدعوى، ومن ثم يكون الحجز التحفظي الذي تم وفقا لأحكام هذا القانون لا محل له ولا يتأثر به دين البنك الكويتي الذي يجد مصدره في خطاب الإعتماد الذي أصدره.

4) إن خطاب الإعتماد قد استقر كوسيلة وفاء مقبول عالميا، وهو يعادل في التجارة الدولية الوفاء النقدي تماما، وذلك على أساس أن وعد البنك المصدر للإعتماد مستقل كليا عن العقد المبرم بين البائع والمشتري، ومن ثم فإنه يقع على عاتق البنك المصدر للإعتماد بصرف النظر عن أي نزاع بين البائع والمشتري أو أي أمر صادر إليه من عميله، أو أي حجز يحصل عليه هذا العميل على الأموال المتعين الوفاء بها.

وقد انتهزت المحكمة الفرصة للتأكيد على أن هذه الاستقلالية لا يتوقف الاعتراف بها على مضمون القانون الواجب التطبيق وإنما تجد مصدرها في مبادئ قانون التجارة الدولية المقبول عالميا والتي جاء الأمر الصادر عن القضاء الكويتي منافيا لها. وهذه الإشارة تدل دلالة واضحة على حقيقة وجود أعراف تجارية دولية أضحت بمثابة قانون عالمي منفصل عن القوانين الوطنية.

واستقرار القضاء الإنجليزي على معيار محل تنفيذ الإعتماد وصولاً
لتحديد النظام القانوني الذي يحكمه يبدو مؤكداً أيضاً في قضية Attock
Cement Co. v. Romanian Bank for Foreign Trade¹.

المدعي في هذه القضية شركة إنجليزية Attoc Cement أبرمت في
باريس في 1981/5/11 عقداً مع شركة رومانية Uzineexportimport - وهي
شركة تابعة لهيئة عامة رومانية - لبناء مصنع للأسمنت في باكستان بقيمة
66,000,000 مليون دولار أمريكي، وقد نص في هذا العقد صراحة على
خضوعه للقانون الإنجليزي. وقد تضمن هذا العقد التزاماً على عاتق شركة
المقاولات بأن تقدم خطاب ضمان إنجاز (تنفيذ) Performance Guarantee²
بمبلغ 6,600,000 دولار أمريكي لضمان الإنجاز الصحيح المطابق للعقد.
تنفيذاً لهذا الإلتزام، وبناء على طلب شركة المقاولات، أصدر البنك الروماني
خطاب الضمان المذكور، إلا أن المدعي قام في فبراير 1987 بإخطار
الشركة الرومانية بإنهاء العقد وطلب من البنك في شهر يوليو من نفس العام
تسليم الخطاب Liquidate وحصل على ترخيص من المحكمة العليا بذلك -
في إطار اختصاصها الولائي³ - طبقاً لما تسمح به أحكام القانون
الإنجليزي، هذا الترخيص قضت محكمة أول درجة بإلغائه بناء على طلب
البنك مما دفع الشركة الإنجليزية إلى إستئنافه، بصفة أصلية على أساس
وجود اتفاق فرعي شفهي يقضي بخضوع خطاب الضمان لأحكام القانون
الإنجليزي، وبصفة احتياطية على أساس وجود إدارة ضمنية في هذا الإتجاه.

وقد خلصت محكمة الإستئناف الإنجليزية، من استعراضها لوقائع
الدعوى، إلى أن الاتفاق الشفهي لم يرق على الدليل على ثبوته، بل على
العكس فإنه إذا كانت المفاوضات التي جرت بين الأطراف حول شكل خطاب
الضمان قد انتهت ضرورة تضمينها نصاً يقضي بخضوعها لأحكام القانون
الإنجليزي، فإن صدور هذا الخطاب خالياً من مثل هذا النص يدل دلالة

¹ راجع Court of Appeal, Civil Division, 30th Nov. 1,2,21, Dec. 1988 All ER, 1989. Vol. C.A.P. 1189 - المصدر السابق.

² بالرغم من أن هذه القضية تدور حول خطاب ضمان نهائي (إنجاز) إلا أن
القضاء الإنجليزي قد توحد رؤيته في شأن النظام القانوني الخاص بالاعتمادات المستندية
وخطابات الضمان النهائية - أنظر Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank
International Ltd. ALL ER - 1978-1-976

³ انظر في شرح هذا الاختصاص : David Tiplady, Introduction to the Law of :
International Trade" 1989, London, P. 194 - المصدر السابق.

صريحة على عدم قبول البنك لهذا الشرط وبالتالي عدم خضوع الخطاب لأحكام هذا القانون.

أما عن الإرادة الضمنية، فإن خضوع العقد الأصلي للقانون الانجليزي لا يمكن أن يستمد منه دليلا على خضوع الخطاب لأحكام هذا القانون¹. فالسمة المستقلة لخطاب الضمان تدعو إلى البحث عن نظامه القانوني من خلال تحديد المحل الذي يرتبط به هذا الخطاب برابطة واقعية فعلية بصوف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي. وهذه الرابطة تتوافق في المكان الذي يتعين فيه الوفاء بهذا الضمان². ومن ثم فإن النظام القانوني لهذا الخطاب مرجعه إلى القانون الروماني، قانون محل التنفيذ³.

وتطبيق قانون محل الوفاء بالإعتماد المستندي وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء على النحو الذي بينا يتوافق في الواقع مع حلول تنازع القوانين التي سنّها القانون الموحد الخاص بالكمبيالات والسندات الإذنية، فقد اتخذت إتفاقية جنيف المبرمة في 7 يونيو 1930 من معيار محل الوفاء بالكمبيالات أو السند الإذني أساسا لتحديد النظام القانوني الذي يحكم التزامات القابل وأشكال القبول والنتائج المترتبة على عدم الوفاء بقيمة الكمبيالة أو السند الإذني، ونظرا لأن الوفاء بالإعتماد المستندي يتم غالبا عن طريق قبول سحوبات

¹ لا يوجد ما يمنع من إستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف في إخضاع عقدهم لنفس القانون الذي يحكم عقدا آخر مرتبطا بعقدهم الأول "قارابطة القانونية أو التجارية بين عقد وآخر قد تمكن المحكمة من القول بأن الأطراف قد إرتضوا ضمنا إخضاع العقدين لنفس القانون" راجع: Dicey & Morris "Conflict of Laws" 11th ed 1987 p. 1885 ولكن هذا يفترض وحدة الأطراف في العقدين، وفي خطابات الضمان أو الإعتمادات المستندية لا يكون البنك طرفا في العقد الأصلي علاوة على ذلك فإن الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية وإن لم يحدث التعبير عنها، والإرادة تعني القبول، ولا يمكن في مثل هذه الدعوى أن نقول بوجود قبول ضمني بالخضوع لأحكام القانون الانجليزي من جانب البنك الروماني الذي أبان في دفاعه على أنه لم يسبق له أبدا أن تعاقد في ظل قانون آخر غير القانون الروماني، راجع الحكم المشار إليه ص 1200 - المرجع السابق.

² وقد عبر القاضي Staughton عن ذلك بقوله: "Almost every letter of credit or performance is issued pursuant to some underlying commercial transaction, yet we were referred to no case where it had even be argued that one was affected by the proper law of the other. Seeing that the letter of credit or performance bond is intended to be a separate transaction, I would hold that is not so affected, and is ordinarily governed by the law of the place where payment is to be made under it"

³ حيث يتعين على المستفيد من خطاب الضمان تقديم مطالباته للبنك الروماني في رومانيا وليس في إنجلترا - المؤلف.

البائع، ولما كان هناك تقارباً، من ناحية الوظيفة الإقتصادية، بين هذه الأداة البنكية وتلك الأوراق التجارية فإنه يكون مأمولاً الوصول إلى معيار موحد لتحديد القانون الواجب التطبيق على كل منهما¹.

هذا الحل هو الواجب الإلتباع ولو كان الإعتماد المستندي إعتداداً مؤيداً، ذلك أن البنك المؤيد أو المعزز للإعتماد إنما يفعل ذلك بناء على طلب البنك المشتري الذي يكون في هذه الحالة في مركز العميل الأمر ويكون البنك المعزز هو البنك المصدر للإعتماد المؤيد والمنفذ له في نفس الوقت². ومن ثم يكون منطقياً تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها هذا البنك خاصة وإن المستفيد في هذه الحالة يكون غالباً من رعايا هذه الدولة أو على الأقل من المقيمين على أرضها³. هذا الحل له ميزة إخضاع الإلتزامات المصدر للإعتماد والمؤيد له لقانون واحد⁴.

وبالرغم من قناعتنا بأهمية معيار محل الوفاء بالإعتماد في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق عليه إلا أن هذا المعيار يتعذر تطبيقه في بعض الفروض أو بالنسبة لبعض العلاقات التي تدخل في آلية الإعتماد المستندي".

¹ انظر J. P. Mattout ، المرجع السابق ص 305 ، انظر أيضاً J. Stoufflet - رسالته للدكتوراه عن الإعتماد المستندي، مرجع سابق الإشارة إليه، فقرة 118 ص 117 - المرجع السابق.

² يذكر الدكتور عصام الدين القسبي ضمن هذا الهامش في كتابه "النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية" - ومع ذلك يشير جانباً من الفقه إلى أنه "بتأييد الإعتماد المستندي غير القابل للنقض يصبح البنك المؤيد مديناً متضامناً مع البنك فاتح الإعتماد قبل المستفيد، ويترتب على قيام التضامن بين البنكين المدينين أن كلا منهما يصير ملزماً لوفاء قيمة الإعتماد بالكامل " راجع د. محي الدين إسماعيل علم الدين، الجزء الثاني من موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية 1987 فقرة 726 ص 772، وهو ما يعني إمكانية الوفاء بقيمة الإعتماد من قبل مصرف المشتري وفي هذه الحالة يكون قانون هذا البنك هو القانون الواجب التطبيق - المرجع السابق. وأقول بهذا الصدد إن الإلتزام البنك المؤيد يصبح حقيقياً إذا ما قدمت المستندات حسب الإعتماد له وليس لمصرف آخر وإن كان البنك المصدر للإعتماد - راجع في هذا الموضوع بحث مفصل في كتاب "الإعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني" للمؤلف.

³ انظر J. P. Mattout - المرجع السابق في نفس الموضوع.

⁴ انظر هامش ص 248 رقم 346 من كتاب "النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية" للدكتور عصام الدين القسبي. راجع الحكم المشار إليه ص 1200 - المصدر السابق.

كان هذا بعضا من بحث الدكتور عصام الدين القصبي أستاذ القانون الدولي الخاص في كلية الحقوق "جامعة المنصورة" في كتابه النظام القانوني للعمليات البنكية الدولية مع الأخذ بعين الاعتبار تضارب القوانين بهذا الخصوص Conflict of Laws والتي يجب مراعاتها والنظر إليها.

تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان:

من المفيد الإشارة إلى أن المشروع الكويتي قد انفرد عن غيره من الكثير من دول العالم بعدم جواز تنازل المستفيد للغير عن حقه الناشئ من خطاب الضمان إلا بموافقة البنك¹.

وبعبارة أخرى فإنه لا يحق للمستفيد التنازل عن حقه للغير في قيمة خطاب الضمان دون الرجوع وأخذ الموافقة المسبقة من البنك الذي أصدر خطاب الضمان. وإن لم يحدد القانون أو يرتب مسؤولية البنوك المصدرة لخطابات الضمان في حالات مثل هذه - إلا أنه في رأينا الشخصي²، يتوجب على البنك عدم الموافقة على تنازل المستفيد عن حقه الناشئ في خطاب الضمان دون الرجوع إلى الأمر أولا وقبل كل شيء. ويعزى سبب رأينا في هذا الخصوص، أن الطرف المتنازل إليه سيكون هو الطرف الوحيد الذي يستطيع مطالبة البنك المصدر لخطاب الضمان الوفاء والسداد حيث يحل بهذا التنازل محل المستفيد الأصلي.

وبتوضيح آخر، فلو افترضنا أن المستفيد من خطاب الضمان تقدم إلى البنك المصدر للضمان للموافقة على التنازل عن حقه الناشئ في خطاب الضمان لصالح طرف ثالث - ولنفترض بنك آخر - وذلك ليتسنى لذلك المستفيد الاقتراض من ذلك البنك. فإذا وافق البنك المصدر لخطاب الضمان طلب المستفيد في التنازل عن حقه الناشئ في خطاب الضمان، فإن البنك الذي سيقوم بالاستفادة من هذا التنازل عن الحق في مطالبة البنك المصدر

¹ المادة 384 من قانون التجارة الكويتي.

² أعتقد بأن القوانين قصرت عندما أهملت هذا الموضوع، فقد يرى المشرعون بأن السبب في عدم وجوب أخذ موافقة الأمر إلى جانب موافقة البنك عند تنازل المستفيد للغير عن حقه في خطاب الضمان يعود للصفة الأساسية لخطاب الضمان الذي جعل الخطاب تعهدا مباشرا للمستفيد ومن دون أي صفة أساسية من الأمر في التعهد إلا في حدود إطار أمر الإصدار.

لخطاب الضمان بالوفاء له دون الحاجة الى الرجوع للمستفيد الأصلي أو لأخذ موافقته أو لإشعاره.

وبهذا يدفع البنك المصدر لخطاب الضمان القيمة للبنك المانح للقرض بسبب خارج عن إطار عقد الاتفاق بين الأمر في خطاب الضمان والمستفيد، وتكون مطالبة البنك المانح للقرض بسبب عدم سداد القرض من قبل المستفيد الأصلي في خطاب الضمان.

وهنا يكون البنك المصدر لخطاب الضمان قد ضمن المستفيد الأصلي في خطاب الضمان أمام البنك المانح للقرض في الوفاء بالدين بحدود مبلغ خطاب الضمان دون أن ينظر البنك المصدر الى الملاءة المالية لذلك المستفيد، أو دراسة مركزه المالي. وإن كان ذلك المستفيد من العملاء الجيدين لكان من الأجدر قيام البنك المصدر لخطاب الضمان منح القرض له بدلا من إهداء العملية البنكية لبنك آخر.

وهناك الكثير من القضايا المؤلمة تتلخص بقيام البنوك المصدرة لخطابات الضمان الموافقة على طلبات المستفيدين بالتنازل عن حقهم الناشئ في خطابات الضمان الصادرة لصالحهم لبنوك أخرى لغرض تمويل تجارتهم. فكانت بعض البنوك توافق على تنازل المستفيدين عن حقهم الناشئ في خطابات الضمان لبنوك أو أطراف أخرى لأجل التمويل وتتفاجأ بمطالبات الأطراف المتنازل إليهم بالوفاء مقابل خطابات الضمان بسبب عدم تسديد المستفيدين من خطابات الضمان قروضهم ويصبح الأمر في وضع لا يحسد عليه.

إننا لا نؤيد البنوك التي توافق على تنازل المستفيد عن حقه الناشئ في خطاب الضمان وإن وافق الأمر، والسبب هو إخراج عملية التعامل في خطاب الضمان من الإطار الذي أصدر من أجله، وإن كان البنك المصدر لخطاب الضمان طرفا أجنبيا عن السبب الذي أصدر من أجله خطاب الضمان. وتذكر المذكرة التفسيرية للمادة 384 من القانون التجاري الكويتي بعدم جواز تنازل المستفيد في خطاب الضمان عن حقه الناشئ في خطاب الضمان هو أن الاعتبار الشخصي يعتبر من الأمور التي يضعها البنك في تقديره عند إصدار خطاب الضمان، ولذلك حظرت المادة 384 من قانون التجارة الكويتي على المستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن الخطاب إلا بموافقة البنك المصدر.

وإذا كان الاعتبار الشخصي من الأمور التي يضعها البنك في تقديره عند إصدار الخطاب، فإن هذا الاعتبار يعتبر حسب رأينا نابعا من المنبع الأصلي وهو طلب إصدار خطاب الضمان والذي أمر من خلاله الأمر البنك إصدار خطاب الضمان، وعليه أنه من الأحوط وجوب رجوع البنك إلى الأمر وأخذ موافقته المسبقة لعدم وجود نص صريح بوجوب موافقة الأمر.

ويذكر الدكتور سليمان عبد المجيد¹ بصدد تنازل المستفيد لطرف ثالث: "ومفاد هذا التنازل الذي رخص به القانون للمستفيد مشروط بأمرين: أولهما أن يكون المتنازل إليه من الغير، فلا يسوغ أن يكون المتنازل إليه طرفا في خطاب الضمان محل التنازل، وثانيهما أن يلقي هذا التنازل قبولا لدى البنك المصدر للخطاب، فلا يكون التنازل صحيحا إذا اعترض هذا البنك عليه".

ويثار التساؤل - في هذا الصدد - عن حكم التنازل الى البنك عن الحقوق الناشئة في خطاب الضمان أصدره البنك نفسه، وهنا لا يعتبر البنك المتنازل إليه من الغير، إذ هو مصدر خطاب الضمان وأحد أطرافه، ومن ثم يمتنع - قانونا - التنازل له من المستفيد. والقول بغير ذلك يجعل من البنك - في رأينا - ملتزما ومستفيدا في آن واحد، إذ أن حلوله محل المستفيد يظهره وكأنه يقدم الضمان وبأموال يملكها لصالح نفسه أخذا بما هو مقرر من أن مبلغ خطاب الضمان يبقى قبل مطالبة المستفيد به ملكا للبنك، بل إن تنازل المستفيد - في هذه الصورة - الى البنك المصدر لخطاب الضمان يؤدي الى انقضاء الالتزام المتولد عن خطاب الضمان، إذ أن هذا الالتزام يقع على عاتق البنك المصدر للخطاب، ويقابله حق المستفيد في المبلغ الذي يلتزم بنفس البنك به، فإذا تنازل المستفيد عن حقه الى الملتزم به، فقد انقضى الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان ذاته، ومتى انقضى الالتزام لم يعد الحق الذي يقابله قائما".

صلاحية خطاب الضمان:

بالنسبة للقوانين الكويتية وقوانين الكثير من الدول العربية والأجنبية، فإنها تميل في غالبيتها إلى إسقاط حق المستفيد في المطالبة بعد تاريخ انتهاء صلاحية خطاب الضمان، فتتص المادة 386 من قانون التجارة الكويتي "تبرأ

¹ من محاضرات الدكتور سليمان عبد المجيد، المستشار العام للبنك الأهلي الكويتي - معهد الدراسات المصرفية - الكويت.

ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها".

وهنا قد يسأل السائل، لماذا لا يسقط البنك خطابات الضمان المنتهية الصلاحية من سجلاته في يوم انتهاء صلاحيتها، بل يضعها في سجلاتها الحية لحين مرور 7 إلى 15 يوما. والجواب هو، أن هذه البنوك لن تعتد بالمطالبات بعد انقضاء صلاحية خطاب الضمان، وتكون الفترة المذكورة ما هي إلا خطوات احترازية تحسبا من أن يكون المستفيد قد قام بتقديم مطالباته بالوفاء أثناء فترة صلاحية خطاب الضمان إلى أحد مكاتب البنك المصدر دون توجيهه مباشرة للفرع الذي أصدر خطاب الضمان.

وعلى سبيل المثال وليس الحصر، ففي بعض من دول العالم مثل لبنان وسوريا وباكستان وبنغلادش وتركيا، لا تسقط التزامات البنوك المصدرة للكفالات إلى القطاع العام إلا عند تنازل مطالبة المستفيد عن الضمان و/أو إعادة أصل الضمان لإلغائه دونما النظر إلى انتهاء صلاحيته¹، حيث ينظر إلى بنود الضمان والتي تشير للعقد المبرم بين الأمر والمستفيد من الضمان في عقد الاتجار أو التنفيذ، فإن التزام البنك يبقى نافذا، وإن لم تكن هناك مطالبات من المستفيد بالتمديد أو الدفع قد تصل لمدة عشر سنوات من انتهاء مدة العقد، ونخص بالذكر هنا القانون اللبناني والسوري، حيث لا يوجد تشريع ينظم عمليات خطابات الضمان، وإنما يقتصر التطبيق على التشريعات الصادرة للكفالات، وبعض الأحيان التشريعات القانونية للعقود.

فلو طلب بنك الكويتي إصدار خطاب ضمان عن طريق بنك سوري، ليقوم الأخير بإصدار خطاب ضمانه للمستفيد في سوريا، فإن البنك السوري سيحرص بمطالبة البنك الكويتي بالتمديد أو الدفع قبل انقضاء صلاحية خطاب الضمان وذلك للأسباب التالية:

(1) عدم تبرئة ساحة البنك السوري قبل المستفيد من خطاب الضمان، والذي يجعل البنك السوري مطالبا البنك الكويتي بتمديد صلاحية خطاب الضمان.

(2) لتكرار مطالبة البنك السوري مطالبة البنك الكويتي بتمديد خطاب الضمان الصادر لصالح البنك السوري، يجعل البنك الكويتي تحت رحمة

¹ راجع الباب الثاني - الفصل الأول والخاص بهذا الموضوع.

البنك السوري لأمد طويل مما يسبب عملية إرباك للتعاملات مع طالبي إصدار خطابات الضمان، حيث تكون عقود التسهيلات لمدة محددة والتي يتفق من خلالها البنك الكويتي والأمر بمنح تسهيل ائتماني لإصدار كفالات أو خطابات ضمان لمدة سنة، إلا أن مطالبة البنك السوري بالتمديد المتكرر يجعل البنك الكويتي في حيرة من أمره في كيفية إنهاء الالتزام الذي وقع عليه جراء إصدار خطاب الضمان.

ولذا عمدت البنوك بعدم منح عملائها الذين يرغبون في إصدار خطابات ضمان لمؤسسات في الدول التي ذكرناها دون الحصول على هامش نقدي كامل قبل إصدار خطاب الضمان وذلك للأغراض التالية:

(1) إطالة أمد الالتزام لسنوات طويلة قد يترتب عليه الدخول في مخاطرة إفلاس الأمر، أو تصفية أعماله بعد هذه السنوات الطويلة، الأمر الذي سيؤدي الى سقوط البنك ضحية في الوفاء بكامل مبلغ خطاب الضمان ودخوله قسمة الغرماء¹.

(2) إذا وجد الهامش النقدي يجعل البنك في موضع أفضل، فلو طلب المستفيد في خطاب الضمان - وكما افترضنا البنك السوري على سبيل المثال - تمديد خطاب الضمان والذي سيقوم الأخير بمطالبة البنك الكويتي دفع مستحقاته عن العمولات في تمديد خطاب ضمانه لصالح المستفيد السوري، فللبنك الكويتي القيام بعملية الوفاء بقيمة خطاب الضمان مباشرة للبنك السوري، ورفض التمديد، حيث الأصل في المطالبات (ادفع أو مدد) هو الدفع، وبالتالي يوفر البنك الكويتي المصاريف والالتزام الذي قد يترتب عليه جراء تمديد البنك السوري لخطاب ضمانه لصالح المستفيد في سوريا. وعليه نقل نسبة الدين، الأمر الذي سيجعل الأمر الكويتي في خطاب الضمان التحرك مع من تعاقد معه في سوريا إلغاء خطاب الضمان بعد تصفية حساباته إن وجدت. أو أن يجعل المصفي للشركة الأمرة في التوجه الى سوريا وطلب الحجز الاحتياطي على خطاب الضمان والدخول في إجراءات قانونية وقضائية ليثبت للمحكمة عدم أحقية المستفيد السوري من الاحتفاظ بخطاب الضمان بسبب تنفيذ الأمر جميع بنود العقد، وبالتالي يكون

¹ قسمة الغرماء هو أن يقوم مصفي أعمال الشركة والذي تعينه المحاكم بمطالبة المدنيين بالسداد الى المصفي ومن ثم إخراج كامل المصاريف المترتبة على التصفية ومنها دفع مستحقات الموظفين وبعدها تقسيم المتبقي على الدائنين.

المصفي إذا نجح في إنهاء هذا الموضوع العالق الحصول على الهامش النقدي وزيادة أصول الشركة المفلسة وبالتالي الحصول على مستحقاته كمصفي ومستحقات موظفي ومستخدمي الشركة قبل تقسيم المتبقي على الغرماء.

وعند الرجوع إلى المثالين الأول والثاني، فسجد الباحث أن هناك فرقا في تاريخ انقضاء صلاحية كل من خطابي الضمان، فخطاب الضمان الأول ينتهي بعد 15 يوما من تاريخ انتهاء صلاحية الضمان الثاني لصالح المستفيد، لحفظ حق البنك المصدر للضمان في الرجوع على البنك الأمر بطلب التمديد أو الدفع إذا ما وصل الطلب من المستفيد للبنك الضامن في الكويت¹ في آخر يوم للصلاحية. وبهذا يكون البنك الكويتي في مأمن إذا ما أراد أن يرجع على البنك البحريني الأمر بطلب التمديد أو الدفع خلال مدة الخمسة عشر يوما.

إلا أن صلاحية ضمان البنك البحريني للبنك الكويتي والتي حددت بخمسة عشر يوما بعد تاريخ انتهاء ضمان البنك الكويتي لا يجعل البنك الكويتي بعيدا عن طائلة القانون إذا ما أقدم بالمطالبة بالدفع أو التمديد بسبب مطالبة المستفيد الكويتي لبنكه بالدفع أو التمديد بعد انقضاء صلاحية خطاب الضمان الذي صدر لصالحه، ولكن على المتضرر أن يثبت.

طلب التمديد المجرد من المطالبة:

للبنك المصدر لخطاب الضمان الحق في رفض طلبات التمديد المقدمة من أي طرف. فلو طلب الأمر في خطاب الضمان البنك المصدر لخطاب الضمان، بتمديد خطاب الضمان جاز للبنك رفض طلب الأمر أو الموافقة بالتمديد حسب شروط قد يطلبها البنك المصدر وقد يوجد هامش نقدي كامل لتفادي تمديد الالتزامات لمدة طويلة كما شرحنا سابقا.

وكذلك الحال بالنسبة للبنك المصدر، فله الخيار في رفض طلبات المستفيد في تمديد خطاب الضمان المجرد من المطالبة، وله الحق في الرجوع إلى الأمر للحصول على الإنز لطلب التمديد أو رفض طلب المستفيد.

¹ حسب المثال الأول.

طلب التمديد أو الدفع:

ولكي يحافظ المستفيد في خطاب الضمان على حقوقه الناشئة في خطاب الضمان فإنه يوجه أمرا للبنك المصدر لخطاب الضمان يطلب من خلاله الدفع أو التمديد وذلك حسب النص التالي:

"يرجى العمل على تمديد خطاب الضمان لمدة سنة من تاريخ انتهاء الصلاحية، وفي حالة عدم التمديد يرجى قيد المبلغ في حسابنا لديكم رقم 55555".

ولكن يجب أن يتسلم البنك المصدر للضمان مطالبة المستفيد بالتمديد أو الدفع ضمن حدود صلاحية خطاب الضمان، وإلا اعتبرت المطالبة غير نافذة، وإذا ما قام البنك المصدر لخطاب الضمان بالتمديد بعد انقضاء فترة صلاحية خطاب الضمان كان ذلك البنك تحت طائلة القانون.

وتعتقد بعض البنوك بأنه من الأفضل تمديد خطاب الضمان والانصياع لطلبات المستفيد بدلا من دفع قيمة خطاب الضمان، وذلك بالرجوع الى نظرية المفاضلة - "تمديد الصلاحية أفضل من الدفع"¹.

وهذا بالطبع قد يسبب نزاعا بين الأمر والبنك للأسباب التالية:

(1) إن انصياع البنك للتمديد قد يفسر بتضارب المصالح لقيام البنك قيد العمولة على حساب الأمر بسبب التمديد.

(2) وقد يفسر بأن قبول طلب المستفيد ما هو إلا ليتهرب البنك من الوفاء بقيمة خطاب الضمان، حيث قد يكون في دفع مبالغ كبيرة يؤثر سلبا بتدفقات البنك النقدية، وبالتالي يرغب البنك بالتمديد دون الدفع للاستفادة من السيولة لإقراضها للمتعاملين معه، وبالتالي تكون المصلحة في التمديد لصالح البنك أكثر من مصلحة الأمر.

(3) عدم وجود أي صفة قانونية للبنك في النظر لمصلحة الأمر، إذا لم يتم بالدفع فلا يمكن أن يكون البنك قاضيا وشرطيا وبنكا ومتعهدا في نفس الوقت إلى جانب أنه لا حق للبنك في إدارة أعمال الأمر.

¹ راجع مواد القانون المدني في ملحق الكتاب - الفضولي.

وفي الطعن رقم 159 (مصري) ذكر القاضي في حكمه: من المقرر أنه وإن كان البنك - مصدر خطاب الضمان - يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل¹.

وعليه تعدد الكثير من البنوك أن يتضمن نموذج طلب إصدار خطابات الضمان على شروط من بينها موافقة الأمر الصريحة والغير قابلة للنقض و/أو الإلغاء بتنفيذ طلبات المستفيد بالتمديد لمدد أخرى دون الرجوع إليه.

ولا يسري مفعول هذا الشرط العائم في طلب إصدار خطاب الضمان إذا طلب المستفيد من خطاب الضمان التمديد فقط حال استلام كتاب من الأمر ما يقيد بعدم التمديد والالتزام بتعهدات البنك المصدر لخطاب الضمان بالدفع خلال مدة السريان للأسباب التي ذكرناها سابقا والتي نسميها تضارب المصالح، فللبنك مصلحة بالتمديد لتقاضي العمولات.

دفع قيمة خطاب الضمان:

بسبب كون خطاب الضمان التزاما مباشرا وأصيلا من قبل البنك أمام المستفيد، فإن التزام البنك محله دفع قيمة خطاب الضمان، إذا طلب المستفيد ذلك من البنك الدفع، ولهذا يجب أن يوجه المستفيد مطالبته للبنك الضامن بدفع جزء من قيمة خطاب الضمان مع بقاء حقه فيما تبقى منها حتى انتهاء مدة الضمان، فيجب أن يلتزم البنك بذلك ما دام الضمان ساريا ولم تنتقض مدة صلاحيته.

وعند وفاء البنك بالتزامه سواء بجزء من المبلغ أو المبلغ كاملا - حسب ما طلبه المستفيد - فإن للبنك الحق بقيد قيمة المطالبة التي دفعها للمستفيد في الجانب المدين من حساب العميل إذا تحقق شرطان أساسيان: أولهما أن ترد المطالبة من المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان، وثانيهما: أن يكون البنك قد أوفى بالتزامه الأصيل الناشئ عن الضمان، بأن يكون قد دفع قيمته إلى المستفيد - متمشيا بذلك مع نص المادة 387 من قانون التجارة الكويتي: "إذا وفى البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل

¹ الطعن رقم 159 (مصري) لسنة 46 ق جلسة 80/2/11 س 31 ص 470 - ونقض 79/1/13 مجموعة المكتب الفني لسنة 30 ع 3 ص 436.

محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي دفعه¹ - من هنا يحل البنك محل المستفيد في الرجوع على العميل الأمر.

ولا يعدو قيد قيمة خطاب الضمان على حساب العميل إذا لم يدفع البنك قيمة الضمان للمستفيد تعبيراً عن الحقيقة والواقع، فلا رجوع على العميل إن لم يكن هناك دفع حقيقي وعليه لا يجوز الرجوع على العميل بدين لم ينشأ. والقول بغير ذلك - بالضرورة - أن يكون للبنك الحق في الإحلال محل المستفيد الذي لم يقبض قيمة الضمان هو قول يعوزه أساس قانوني ومبرر منطقي وهذا لم يوجد القانون.

المطالبات التعسفية:

إن أي مطالبة للمستفيد في خطاب الضمان دون وجه حق تكون مطالبة تعسفية، وهذه المطالبة قد لا تكون تحت طائلة القانون الجنائي، حيث إن إشعار البنك المصدر للمطالبة من قبل المستفيد تكون بجملة مختصرة لا تتعدى سطراً واحداً:

وبدون وجود جملة تفيد التقصير من قبل الأمر والتي قد لا تكون صحيحة مثلاً:

يرجى تحويل قيمة خطاب الضمان لحسابنا رقم 5555 لديكم، حيث إن الأمور لم يتم بتسليمنا البضائع المتفق عليها حسب العقد بالرغم من تحويلنا قيمة البضائع للأمر مقدماً.

فإن هذه العبارة الصريحة مفادها، أن المستفيد من خطاب الضمان لم يتسلم بضائعه التي دفع قيمتها مقدماً للأمر. وبالتالي إن لم تكن هذه العبارة صادقة فقد زور المستفيد الحقائق ووجب عليه العقاب والتعويض.

وأرى شخصياً أن الأسلوب المتبع في كثير من دول العالم في المطالبات في التمديد أو الدفع ما هي إلا مطالبات تعسفية في الكثير من الحالات وذلك عندما يطلب المستفيد "بتمديد خطاب الضمان أو الدفع".

¹ وهذه المادة تتوافق مع الكثير من المواد في قوانين الدول العربية الأخرى مثل العراق ومصر والإمارات والأردن.

إن المطالبات البسيطة (ادفع أو مدد) لا تفيد بصراحة على وجود تقصير من ناحية الأمر، ولكن يرغب المستفيد بالحفاظ على التزام البنك تجاهه لمدة أطول للتأكد أكثر وأكثر من إنهاء الأمر لإلتزاماته التعاقدية. فبدلاً من أن يعمل المستفيد من خطاب الضمان جاهداً في التأكد من تنفيذ الأمر لشروط العقد بالتمام والكمال، فإنه قد يؤجل التحقق إلى أجل مسمى أو غير مسمى، وبالتالي فإنه يطالب بتمديد خطاب الضمان، وتتجم عن هذه المطالبات المتكررة تكبيد الأمر عمولات باهظة لأجل التمديد لمدد أخرى قد تتخطى السقف المرسوم لربحيته وبالتالي خسارته.

وعلى سبيل المثال، فقد قامت البنوك الكويتية بعد تحرير دولة الكويت بالاتفاق فيما بينها بعدم إصدار خطابات الضمان لصالح الهيئة العامة للرعاية السكنية، حيث كانت دائماً تطالب البنوك المصدرة لخطابات الضمان بالدفع أو التمديد لمدد أطول، ولا عجب أن ذكرنا بأن صلاحيات خطابات الضمان لصالح الهيئة المذكورة بقيت سارية المفعول لسنوات طويلة بعد تسليم مقاولي البناء المشاريع إلى تلك الهيئة، وليس هذا فحسب، بل كانت الخطابات سارية المفعول بسبب المطالبات التعسفية - مدد أو ادفع - لأكثر من عشر سنوات من تاريخ تسلم المستفيدين من أفراد الشعب الكويتي لتلك المساكن.

وخرجت البنوك بأثواب جديدة بعد تحرير دولة الكويت في يوم 1991/2/26، وذلك بعد أن فتحت البنوك أبوابها لتجد أن الغزو قد حال دون وصول طلبات الهيئة العامة للرعاية السكنية إلى البنوك لأجل التمديد والدفع، وسقطت تواريخ صلاحيات خطابات الضمان أثناء الغزو العراقي من 1990/8/2 حتى 1991/2/26، وعليه استطاعت البنوك الكويتية من تنفس الصعداء وكذلك الحال بالنسبة لشركات المقاولات الكويتية المختلفة.

وبعد التحرير أصدرت لجنة المصارف الكويتية بقيادة بنك برقان آنذاك¹، كتاباً للهيئة العامة للرعاية السكنية أسباب رفض البنوك الكويتية التعامل معها، وما كان لتلك الهيئة إلا التفهم بعد اتحاد كافة الجبهات عليها والتماشي مع المصلحة العامة، بالابتعاد عن المطالبات التعسفية على خطابات الضمان الصادرة لصالحهم والتي تكبد خلالها الكثير من المقاولين الرئيسيين للمشاريع الخسائر جراء تمديد خطابات الضمان، وكذلك الحال بالنسبة

¹ تتكون لجنة المصارف الكويتية في عضويتها جميع البنوك الكويتية فيما عدا بنك التسليف والادخار (حكومي) وبنك الكويت المركزي وبيت التمويل الكويتي وبنكها دورياً لمدة سنة أحد البنوك الأعضاء.

لمقاولي الباطن حيث تكبدوا الكثير من الخسائر والتي كانوا في غنى عنها، فقد أصدر مقاولي الباطن خطابات ضمانهم لصالح المقاولين الرئيسيين من الذين كانوا ملتزمين أمام البنوك في إصدار خطابات الضمان لصالح الهيئة العامة للرعاية السكنية عن طريق البنوك.

القوة القاهرة:

استنادا إلى المادتين 382 و 386 من قانون التجارة الكويتي¹، لا تمتد صلاحية خطاب الضمان بسبب القوة القاهرة إذا ما صادفت تاريخ انقضاء صلاحية الضمان بسبب انقطاع أعمال البنوك، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد صلاحية خطاب الضمان لمدة ما بسبب القوة القاهرة وذلك باتفاق صريح بين الأمر والبنك في طلب إصدار الضمان، وبين البنك والمستفيد في أصل خطاب الضمان.

فمن المادتين 382 و 386 يتوجب على البنك الإلتزام والتقييد بالأجل المحدد لسريان مفعول خطاب الضمان، وعليه لا يملك أحدا على تجديد مدته. وتركت المادة 386 من قانون التجارة الكويتي الباب مفتوحا للتمديد لأي سبب كان باتفاق نوي الشأن " إلا إذا اتفق قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها"، وهذا ما هو متعارف عليه في الأعراف البنكية والدولية.

وكذلك الحال بالنسبة للإعتمادات المستندية، فبموجب المادة 367 - الفقرة الثانية - من جعل عقد الإعتماد المستندي مستقلا عن العقد الذي فتح الإعتماد بسببه وبقاء البنك أجنبيا عن العقد²، وبموجب المادة 385 من القانون في عدم جواز رفض البنك للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد، جعل البنك أجنبيا عن العقود المبرمة بين أولئك المتعاملين والبنك - وبالتالي - من التسوية بينهما فيما يتعلق بعدم جواز امتداد مدة خطاب الضمان أو الإعتماد المستندي فيما لو صادف تاريخ انتهائهما انقطاع أعمال البنوك بفعل القوة القاهرة، وذلك لاشتراكهما معا في علة الحكم³.

¹ راجع الملحق .

² Dicey & Morris " Conflict of Laws " - Page 1185 - في خطاب الضمان

أو الإعتماد المستندي لا يكون البنك طرفا في العقد الأصلي.

³ راجع الإعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف.

ويعقب الدكتور سليمان عبد المجيد المستشار العام للبنك الأهلي الكويتي، في محاضراته الخاصة في معهد الدراسات المصرفية في الكويت¹، بخصوص خطابات الضمان والقوة القاهرة، على عدم جواز صلاحية تطبيق القوة القاهرة من القانون المدني الكويتي، ففي هذا الشأن يذكر: "من شأن التماثل الذي أشرنا إليه في طبيعة التزام البنك في كل من الإعتماد المستندي وخطاب الضمان أن يتحقق التجانس بينهما في أحكام القوة القاهرة، فتطبق أحكام الفقرة الثالثة من المادة 373 المتقدم بيانها على خطاب الضمان²، فلا تمتد صلاحيته ولو صادف تاريخ انتهائها انقطاع أعمال البنوك بسبب ظروف القاهرة.

ولا مساع للقول بأن عدم ورود نص في خطاب الضمان مماثل لنص الفقرة الثالثة من المادة 373 الخاصة بالإعتماد المستندي إنما يعني المغايرة في الحكم بينهما، إذ أن هذا مردود عليه بأن المشرع حظر - في الفقرة الثالثة من هذه المادة - امتداد صلاحية الإعتماد المستندي ولو صادف تاريخ انتهائها انقطاع أعمال البنوك بسبب ظروف القاهرة خارجة عن إرادته، وقد أورد المشرع هذا الحظر بعد أن سمح - في الفقرة الثانية من تلك المادة³ - بامتداد صلاحية الإعتماد إذا صادف التاريخ المعين لانتهائه يوم عطلة البنوك، إذ تمتد - عندئذ - هذه الصلاحية إلى أول يوم عمل تال للعطلة. ومن هنا كان ضروريا النص في الفقرة الثالثة على حظر الامتداد بسبب الظروف القاهرة حتى يمتنع القياس على حالة الامتداد بسبب العطلة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة. ولم يكن المشرع بحاجة لأن يورد في خطاب الضمان نصا مماثلا لنص الفقرة الثالثة من المادة 373 طالما كان يمتنع قانونا امتداد مدة صلاحيتها لأي سبب من الأسباب ولو كان يوم عطلة. وإذا لم يرد - في شأن خطابات الضمان - نص مماثل لنص الفقرة الثانية من المادة 373، فقد كان المشرع في غنى عن أن يورد نصا مماثلا لنص الفقرة الثالثة من المادة الأخيرة مادام مقررا أنه لا يجوز امتداد مدة سريان

¹ دورة في التشريعات المصرفية - الدكتور سليمان عبد المجيد.

² "وفيما عدا أيام العطلات لا تمتد صلاحية الإعتماد ولو صادف تاريخ انتهائه انقطاع أعمال البنك بسبب ظروف القاهرة ما لم يكن هناك تفويض صريح بذلك الأمر" - المادة 373 الفقرة الثالثة - تجاري كويتي.

³ "إذا وقع التاريخ المعين لانتهاء صلاحية الإعتماد في يوم عطلة للبنوك امتدت مدة الصلاحية إلى أول يوم عمل تال للعطلة" - المادة 373 - الفقرة الثانية - تجاري كويتي - وهذا النص مأخوذ من قانون جنيف.

خطاب الضمان لأي سبب ولو صادف تاريخ انتهائها يوم عطلة للبنوك ما لم تتم موافقة العميل الأمر والبنك على ذلك¹.

ويضيف الدكتور سليمان عبد المجيد أن " لا تعتبر علاقة البنك بالمستفيد علاقة تعاقدية، حيث إنها لم تبني على أساس تعاقدية، فهي ليست وليدة عقد يجمعها في سياق تعاقدية، و لا هي تنفيذ لعقد سابق يربط بينهما، بل هي علاقة مصدرها القانون، وبموجبها يلتزم البنك بإرادته المنفردة بوفاء المبلغ الذي يطالب به المستفيد ما دام حدود التزام البنك المبين في خطاب الضمان، فضمان البنك لا يعتبر عقدا بينه وبين المستفيد من خطاب الضمان، ويرجع التزام البنك إلى إرادته المنفردة استنادا للقانون، ولأن علاقة البنك بالمستفيد تقع خارج دائرة العلاقات التعاقدية على نحو سبق بيانه، فإن أحكام القوة القاهرة المنصوص عليها في القانون المدني لا تنسحب عليها لما هو مقرر من أن السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الإلتزام فيقضيه، إنما ينطبق على الإلتزامات التعاقدية فحسب².

وعلى هدى ما سلف فإنه يكون من المقطوع به وفقا لأحكام قانون التجارة والنظم والأعراف البنكية الدولية، أن ذمة البنك تبرا قبل المستفيد في خطاب الضمان إذا لم تصله - أثناء سريانه - مطالبة بدفع قيمته، وإن خطاب الضمان يستعصي بطبيعته على التمديد ما لم يكن ذلك باتفاق صريح بين الأمر والمستفيد والبنك قبل انتهاء سريانه، فلا تمتد صلاحيته لأي سبب من الأسباب ولو صادف تاريخ انتهائه انقطاع أعمال البنك بفعل ظروف قاهرة".

¹ في القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان النشرة رقم 590 الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية - نصت المادة 3.14 على جواز تمديد اعتماد الضمان تلقائيا بسبب مصادفة تاريخ انتهائه أو سريانه يوم عطلة لليوم التالي، وإذا صادف تاريخ انتهاء صلاحية الضمان انقطاع أعمال البنك المصدر للضمان بسبب قوة قاهرة، فتمتد الصلاحية لمدة 30 يوما بعد انقضاء القوة القاهرة التي بسببها انقطعت الأعمال. وأما في الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية النشرة رقم 500 فإن المادة 17 تركت الباب مفتوحا لتمديد فترة الصلاحية بسبب القوة القاهرة شريطة اتفاق نوي الشأن مسبقا على ذلك.

² للمزيد راجع الإعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني للمؤلف - الفصل الثاني - القوة القاهرة - لمعرفة كيف تعاملت المصارف الكويتية مع الإعتمادات المستندية بعد تحرير دولة الكويت في 1991/2/26 .

وتأييدا لما جاء به الدكتور سليمان عبد المجيد، فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه : "إذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان قد سقط بانقضاء صلاحيته في 1991/1/1 دون مطالبة من الطاعنة ولو كان ذلك راجعا إلى قوة قاهرة، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه"¹.

وهناك قضية غريبة جدا إذا ما نظرنا إلى حيثياتها وحكمها الصادر من المحاكم الأمريكية ضد وزارة الدفاع الإيرانية، والتي مفادها أن الوزارة المذكورة وقعت عقدا مع شركة أمريكية لتصنيع مكبرات للرؤيا (أجهزة الرؤيا العسكرية)، بموجبه يضمن العقد القوة القاهرة حيث يسمح من خلال هذا الشرط لأي طرف إنهاء العقد قبل التنفيذ إذا ما حدثت قوة قاهرة يجعل معها صعوبة تنفيذ العقد.

ومقابل اعتماد ضمان صادر من قبل First National Bank لصالح أحد البنوك الإيرانية، طلبت الأولى إصدار خطاب ضمان لصالح وزارة الدفاع الإيرانية لضمان تنفيذ وإنجاز عقد ما. وبعد مرور مدة من الزمن، وبسبب مقاطعة الحكومة الفيدرالية الأمريكية جمهورية إيران الإسلامية - في قضية السفارة الأمريكية في طهران - قامت الولايات المتحدة الأمريكية بإلغاء رخصة التصدير التي منحت سابقا للشركة الأمريكية، الأمر الذي أدى إلى عدم تمكن الشركة الأمريكية المضي قدما في تنفيذ العقد.

وعلى هذا الأساس، ألغت الشركة الأمريكية العقد من طرف واحد حسب ما هو مسموح به بسبب القوة القاهرة والشرط الذي يجيز ذلك حسب العقد، الأمر الذي جعل وزارة الدفاع الإيرانية تطالب البنك الإيراني الوفاء بالتزاماته بموجب خطاب الضمان.

وبسبب المطالبة مقابل خطاب الضمان، تقدم البنك الإيراني بمطالبة البنك الأمريكي First National Bank الوفاء بقيمة اعتماد الضمان الصادر لصالحه. وهنا لجأت الشركة الأمريكية إلى القضاء الأمريكي شاكية وزارة الدفاع الإيرانية في عدم أحقيتها في المطالبة، وطلبت من القضاء إصدار أمر

¹ الحكم بسبب الاحتلال العراقي لدولة الكويت من 1990/8/2 إلى 1991/2/26 حيث انقضت صلاحية الضمان أثناء الاحتلال - الطعن رقم 93/194 تجاري 1 ، جلسة 1994/4/24 - راجع نفس المصدر - الدكتور سليمان عبد المجيد.

قضائي احتياطي يمنع البنك الأمريكي من تنفيذ التزاماته بموجب اعتماد الضمان، وكان لها ما أرادت.

هذا، وقد قررت المحكمة الأمريكية، بعدم أحقية وزارة الدفاع الإيرانية بصرف قيمة الضمان حيث ذكرت: "بما أن عقد البيع الأساسي قد نص وبصراحة على أن في حالة إلغاء العقد لأسباب قاهرة، تلتزم وزارة الدفاع الإيرانية دفع كافة تكاليف التصنيع لغاية تاريخ إلغاء العقد، وعليه تكون مطالبة وزارة الدفاع الإيرانية صرف المبلغ مقابل الضمان غير عادل واحتيالي - Unfair and Fraudulent - حيث سيلحق بالشركة الأمريكية أضراراً غير قابلة للإصلاح ولا يمكن علاجها بسبب عدم وجود نص في العقد يعطي وزارة الدفاع الإيرانية الأحقية في المطالبة في التعويض"¹.

وبعيداً عن السياسة وتضارب المصالح والتي قد تؤثر على مجريات القضاء بشكل مباشر، وإذا نظرنا للقضية من زاوية أخرى، فلو كان البنك المصدر للضمان بنكا في دولة أخرى، وقام هذا البنك بالوفاء بالتزاماته لوزارة الدفاع الإيرانية عند وصول المطالبة، فإن الحكم في القضية سيأخذ مجرى آخر، حيث لن تسمح المحاكم رفض البنك الأمريكي - First National Bank - الوفاء بالتزاماته التعاقدية مقابل اعتماد الضمان، لدخول البنك المصدر للضمان طرفاً خالياً من الشبهات لوجود علاقة مباشرة وأصيلة من طرف مصدر اعتماد الضمان والمستفيد المصدر لخطاب الضمان، وبالتالي لن تنتظر المحاكم إلى العقد بين الشركة الأمريكية ووزارة الدفاع الأمريكية لكون العقد أجنبياً عن الضمانات.

وأعتقد بأن هناك أخطاء فنية ارتكبت من قبل البنك الإيراني، لقبوله إصدار خطاب ضمان غير مشروط مقابل اعتماد ضمان مشروط بتقديم مستندات، الأمر الذي جعل نص اعتماد الضمان امتداداً للأصل وهو العقد المبرم بين الشركة الأمريكية المصنعة ووزارة الدفاع الإيرانية وهذا ما لا يجب قبوله إطلاقاً.

¹ Itek Corp v. First National Bank Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television - 691 F.2d 1344 (11th Cir 1982).

تسهيلات ائتمانية مضمونة بخطابات الضمان:

تلجأ الشركات والمؤسسات الأجنبية العاملة خارج موطنها الأصلي الى البنوك في موطنها لإصدار خطابات ضمان أو اعتمادات ضمان لصالح بنك في البلد الآخر، الذي فيه موقع تنفيذ مشاريعها الصناعية أو الإنشائية أو غيرها من المشاريع. فيضمن البنك الأجنبي سداد كافة الالتزامات المالية على الشركة الأجنبية جراء عقد تسهيلات ائتمانية، سواء كانت تسهيلات نقدية مثل القروض والسحب على المكشوف، أو تسهيلات غير نقدية مثل السماح لها في إصدار خطابات ضمان واعتمادات مستندية وضامنة وكفالات وشراء العملات الأجنبية بالأجل الى آخره من أنواع الخدمات التي تقدمها البنوك.

إذا وافق البنك المحلي منح تلك التسهيلات الائتمانية مقابل ضمان بنك يقبل به، يقوم ذلك البنك - الأجنبي - بإصدار خطاب ضمان أو اعتماد ضمان لصالح البنك المحلي محددا بقيمة معينة أو بمبلغ قابل للتعيين. فإذا كان سقف الضمان متضمنا الفوائد والمصاريف والعمولات البنكية، أصبح مبلغ الضمان محددا، وإذا كانت الفوائد والمصاريف والعمولات تدفع علاوة على قيمة التسهيلات التي سيمنحها البنك المحلي للشركة الأجنبية، كان مبلغ الضمان قابلا للتعيين.

وعليه، يتوجب على البنك المحلي أخذ الحيطة والحذر في مراجعة بنود الضمان كلمة بكلمة، وسطر بسطر، والابتعاد عن التطويل في البنود ليتجنب البنك الدخول في متاهات مظلمة في مسائل المصطلحات والمسميات مما يشكل فوضى في هذا الحقل الواسع. فعلى البنك انتقاء الكلمات الواضحة وباختصار شديد وتحاشي الكلمات التي قد تعطي دلالات لأكثر من معنى.

فلا بد من مراجعة نصوص الضمانات من قبل متخصصين في إدارة خطابات الضمان والكفالات واعتمادات الضمان أولا وقبل كل شيء، ومن ثم اللجوء إلى الدائرة القانونية إذا تطلب الأمر بعض الإيضاحات القانونية لبعض الشروط.

ومن أبرز هذه الشروط، أن يكون الضمان غير مشروط للدفع عند المطالبة، وأن يكون التزام البنك المصدر للضمان قطعيا حال قبول الضمان من قبل البنك الآخر، وأن تكون المستندات المطلوبة إن وجدت لتقديم المطالبة بسيطة وغير معقدة، وأن لا يرتبط الضمان بالعقد والذي على أساسه

أصدر الضمان، وعلاوة على ذلك يفترض أن تكون صلاحية الضمان مفتوحة إلى حين إتمام السداد النهائي للدين، وإن تعذر ذلك يجب أن يضمن شروط الضمان تعطيل البنوك بسبب القوة القاهرة الخارجة عن إرادتها.

مثلاً، لم تتمكن البنوك الكويتية بعد تحرير الكويت في 1991/2/26 من تقديم مطالباتها مقابل الضمانات الصادرة لصالحها من البنوك الأجنبية بسبب القوة القاهرة والتي عطلت البنوك أعمالها من 1990/8/2 لغاية 1991/3/15 من ثم تطلب إعادة تأهيل البنوك للعمل وخصوصاً إدارات عمليات التجارة الخارجية حتى منتصف يوليو من عام 1991.

صياغة الضمانات لضمان عقود التسهيلات البنكية:

ومن النماذج التالية ستكون لدينا الفكرة الأساسية في كيفية صياغة خطابات الضمان والاعتمادات المساندة لحماية البنك الذي سيقوم بمنح تسهيلات ائتمانية لعميل من عملاء مصرفه المراسل. فإذا ما راجعنا النماذج الثلاثة اللاحقة، فسيجد الآتي:

(1) أمر وتخويل في أن واحد من بنك خارجي لبنك محلي يطلب من خلاله منح تسهيلات ائتمانية لصالح شركة عاملة في عمان.

(2) الأمر والتخويل على مسؤولية ومخاطرة البنك الخارجي.

(3) تحديد نوعية التسهيلات الائتمانية من نقدية وغير نقدية.

(4) السقف الائتماني والبالغ في الأمثلة الثلاثة 20 مليون ريال عماني.

(5) تحديد سبب طلب التسهيلات الائتمانية، وعلى سبيل المثال "تمويل مشروع إسكاني في سلطنة عمان" والسبب في تحديد المشروع ورقمه لتفادي عمليات دخول البنك المحلي في متاهات غسيل الأموال.

(6) الضمانات الثلاثة غير قابلة للإلغاء وغير مشروطة وتدفع بالرغم من أي اعتراضات سواء من الأمر و/أو أي طرف آخر.

ومن المثال الرابع، سنجد أن الأداة البنكية عبارة عن خطاب ضمان يضمن بموجبها القوة القاهرة والتي بسببها قد تعطلت أعمال البنوك بسبب

الاحتلال العسكري والحروب والكوارث الطبيعية. حيث يذكر خطاب الضمان بأنه ساري المفعول لغاية يوم 17 فبراير 2000 ويتمدد تلقائيا لمدة ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء الضمان إذا صادف تعطيل البنك المراسل بسبب قوة القاهرة. هذا ولم يتم تحديد القانون الواجب إتباعه أو الولاية القضائية في حالة المنازعات، وبهذا تكون الولاية القضائية هو قانون موطن البنك المراسل. وبالطبع لا يغطي شرط ضمان القوة القاهرة تعطيل البنك المستفيد في حالة عدم تمكنه من تقديم مطالبات مقابل الضمان، وعليه يفضل أن يشمل شرط ضمان القوة القاهرة على كلا البنكين وذلك ليتجنب البنك المحلي مخاطرة تعطيل مصرفه بسبب القوة القاهرة.

وأما فيما يتعلق بالمثال الخامس فإنه يشابه المثال السادس، ولكن حذف المثال الخامس شرط ضمان القوة القاهرة، مع وضع سريان صلاحية خطاب الضمان مفتوحا لغاية السداد النهائي للدين، بشرط أن لا تمنح أي تسهيلات إضافية ضمن المبلغ المحدد بعد مرور 365 يوما من تاريخ خطاب الضمان. وحدد خطاب الضمان في المثال الخامس القانون الإنجليزي الواجب التطبيق في حالة النزاعات. ومن الملاحظ كذلك في النموذجين الرابع والخامس بأنهما توحدا بخصوص تنازل المستفيدين عن خطابي الضمان، حيث يذكر كلاهما بأن خطابي الضمان موجه مباشرة الى المستفيد ولا يحق تنازل و/أو تحويل خطابي الضمان من قبل المستفيد للغير، والسبب في ضم شرط كهذا، هو لاحتمال جهل البنوك بالقوانين المعمول بها بالنسبة للدول الأخرى، وعن مدى رفضها القاطع بتنازل المستفيد للغير عن خطاب الضمان دون موافقة البنك المصدر للضمان.

وقد يتساءل القارئ بالقول ما أهمية هذا الشرط إن كان الضمان خاضعا للولاية القضائية لموطن البنك المصدر بالنسبة للمثال في النموذج الرابع، حيث يعمل ذلك البنك بقانونه المحلي؟ والجواب هنا، ما هو إلا لإزالة اللبس والخلاف الذي قد ينشأ مستقبلا من قبل البنك المستفيد من الضمان تفاديا لطلبه مستقبلا، حيث تقدم مستفيد من خطاب ضمان وكان طلبه في الوفاء حسب الآتي: "نتنازل بموجب هذا الكتاب لصالح الشركة الفلانية وإن لم توافقوا يرجى قيد المبلغ لحسابنا"، وتعتبر هذه المطالبة صورة من صور المطالبات التعسفية.

وأما المثال في النموذج السادس، فهو اعتماد ضمان غير قابل للإلغاء وغير مشروط. فمقابل منح التسهيلات الائتمانية لصالح المجموعة القطرية

اللبنانية صدر اعتماد الضمان وهو خاضع للقواعد الموحدة لاعتمادات الضمان الدولية الصادرة من الغرفة التجارية الدولية رقم 590. والاختلافات بين هذا الاعتماد وبين خطابي الضمان الآتية:

(1) شرط ضمان القوة القاهرة يطبق على كلا البنكين، فإذا تعطل أحد البنوك و/أو كلاهما فإن خطاب الضمان يتمدد تلقائياً لمدة 90 يوماً من تاريخ آخر موعد لتقديم المطالبة والمحدد بتاريخ 17 فبراير 2000 إذا ما صادف ذلك التاريخ تعطيل البنك بسبب ظروف القوة القاهرة. والسبب في تحديدي لفترة 90 يوماً هو لتجاوز ما قد يحدث لبنك آخر حيث يتطلب إعادة تأهيل البنك بكامل طاقته لترتيب أوراقه فترة أكثر من الفترة التي منحتها المادة 3.14 - في القواعد الموحدة رقم 590 لاعتمادات الضمان الدولية.

(2) تعويض البنك المستفيد من اعتماد الضمان بالفوائد التي تستحق له جراء التأخير في السداد النهائي و/أو جراء القوة القاهرة والتي بسببها لم يستطع البنك المستفيد من اعتماد الضمان مطالبة البنك المصدر بالسداد، وعليه يصبح التزام البنك المصدر لاعتماد الضمان في هذا المثال هو مبلغ 20 مليون درهم عماني علاوة على فوائد التأخير في السداد.

(3) ويجب توخي الحذر في هذا المثال الرابع والمثالين الآخرين عند منح التسهيلات الائتمانية، بأن يكون السقف الائتماني (القرض) الواجب منحه أقل من 20 مليون درهم، حيث ذكرت الأمثلة الثلاثة بأن التزام البنك المصدر للضمانات محدد بمبلغ 20 مليون درهم ماعدا في النموذج للمثال السادس، حيث فتح الباب للبنك المستفيد مطالبة البنك المصدر لاعتماد الضمان بالفوائد جراء التعطيل بسبب القوة القاهرة و/أو التأخير في الوفاء بالالتزامات.

(4) وللعلم نضيف، بأنه جرت العادة في خطابات الضمان بعدم أحقية المستفيدين في مطالبة فوائد تعويض عن التأخير في السداد والوفاء، بسبب رجوع البنوك المصدرة لخطابات الضمان للأمرين لإعطائهم الفرصة للتباحث مع المستفيدين عليهم يتنازلوا عن المطالبة.

نموذج رقم 4

خطاب ضمان لأجل منح تسهيلات ائتمانية يضمن شرط القوة القاهرة

Lebanon, February 28th 1999

To: United Bank of Oman & Saudi Arabia
Muscat, Sultanate of Oman.

Subject: Our Unconditional Guarantee No. 54879/CT/99 for
OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals only)

Dear Sirs,

At the request of National Qatar & Lebanon Group (principal) and at our full risk and responsibility please grant banking facilities - cash and non-cash not exceeding OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals only) inclusive of interest and charges to National Qatar & Lebanon Group.

In consideration of your so doing we The First Commercial Bank Of Lebanon and Syria, Lebanon unconditionally and irrevocably undertake to pay to you on your first demand despite any contestation on the part of our principal and/or any third party if your demand for payment is received by Telex/Swift /Letter not later than the expiry date of this guarantee stating that "The amount claimed represents drawings under your guarantee No. 54879/CT/99 dated February 28th, 1999 and is due to us in connection with National Qatar & Lebanon Group Company".

This guarantee will remain valid from the date of granting facilities until and including February 28th, 2000. For any reasons, if our/your

office on the last business day for presentation of your claim/demand for payment to forward against this demand guarantee is closed and presentation is not timely made/ can not be made because of the closure, then the last day for presentation of your claim is automatically extended to the day occurring thirty calendar days after our/your office is re-opened for business. Notwithstanding anything herein contained, our liability under this guarantee is limited to OMR 20,000,000/= (Twenty MilOmani Riyals only). Our guarantee is issued in your favour and it is not assignable / transferable to any other party.

**For & On Behalf of,
The First Commercial Bank Of Lebanon and Syria,
Lebanon.**

نموذج رقم 5
خطاب ضمان مفتوح الصلاحية لأجل منح
تسهيلات إئتمانية

Lebanon, May 14th 1999

To: United Bank of Oman & Saudi Arabia
Muscat, Sultanate of Oman.

Subject: Our Unconditional Guarantee No. 54879/CT/99 for
OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals Only)

Dear Sirs,

At the request of National Qatar & Lebanon Group (principal) and at our full risk and responsibility please grant banking facilities - cash and non-cash not exceeding OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals only) inclusive of interest and charges to National Qatar & Lebanon Group.

In consideration of your making these facilities available for OMR 20,000,000/=, we The First Commercial Bank Of Lebanon and Syria, Lebanon unconditionally and irrevocably undertake to pay you on your first demand despite any contestation on the part of National Qatar & Lebanon Group Company and/or any third party if your demand for payment is received by telex/Swift / Letter not later than the expiry date of this guarantee stating that "The amount claimed represents drawings under your guarantee No. 54879/CT/99 dated May 14th, 1999 and is due to us in connection with National Qatar & Lebanon Group".

This guarantee will remain valid until settlement of the amount borrowed by National Qatar & Lebanon Group on a condition that no further drawings / amounts to be authorized under the banking facilities after 365 days from the date of this guarantee unless authorized by us. Notwithstanding anything herein contained, our liability under this guarantee is limited to OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals only). Our guarantee is issued in your favour and it is not assignable / transferable to any other party. Our guarantee is subject to English Law.

**For & On Behalf of,
The First Commercial Bank Of Lebanon and Syria,
Lebanon.**

المثال رقم 6

اعتماد ضمان لأجل منح تسهيلات ائتمانية يضمن شرط القوة القاهرة 90 يوما

Lebanon, May 18th 1999

To: United Bank of Oman & Saudi Arabia
Muscat, Sultanate of Oman.

Subject: Our Unconditional and Irrevocable Standby Credit
No. 54879/CT/99 for OMR 20,000,000/= (Twenty
Million Omani Riyals Only).

Dear Sirs,

At the request of National Qatar & Lebanon Group (principal) and at our full risk and responsibility please grant banking facilities - cash and non-cash not exceeding OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals only) inclusive of interest and charges to National Qatar & Lebanon Group.

In consideration of your making these facilities available to National Qatar & Lebanon Group, we hereby issue our Irrevocable STANDBY CREDIT NO. 54879/CT/99 in your favour for OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals Only) payable upon receipt of your statement by Telex/Swift/Letter stating that "The amount claimed represents drawings under your standby credit No. 54879/CT/99 dated May 18th, 1999 and is due to us in connection with National Qatar & Lebanon Group Company". This credit is valid until May 17th 2000.

If our/your office on the last business day for presentation of your claim/your demand for payment to forward against this standby

credit is for any reason closed and presentation is not timely made/ can not be made because of the closure, then the last day for presentation of your claim is automatically extended to the day occurring ninety calendar days after our/your office is re-opened for business.

Notwithstanding anything herein contained, our liability under this Standby Credit is limited to OMR 20,000,000/= (Twenty Million Omani Riyals only) plus delay interest is payable at the rate of one year LIBOR from the date amount is claimed (or the last day for presentation of your claim) to the effective date of settlement. Our Standby credit is issued in your favour and it is not assignable / transferable to any other party.

Except so far as otherwise expressly stated, this credit is subject to the International Standby Practices ISP98- International Chamber Of Commerce Publication No.590.

**For & On Behalf of,
The First Commercial Bank Of Lebanon and Syria,
Lebanon.**

الفصل الثاني

أنواع خطابات الضمان

أنواع خطابات الضمان

خطابات الضمان هي واحدة وإن اختلفت مسمياتها والالتزامات التي فيها هي واحدة بالنسبة للبنك المصدر لخطاب الضمان تجاه المستفيد، ولكن، لا تعتبر كذلك بالنسبة للطبيعة التعاقدية بين الأمر والمستفيد من خطاب.

خطاب ضمان المناقصات (أولية أو مؤقتة) BID BOND

تطرح المناقصات للشركة والمؤسسات الراغبة في تقديم عروض أسعارها، فلكي تحرص الجهة التي طرحت المناقصة من جدية تقديم العطاءات، وعدم تراجع مقدمي العطاءات من تنفيذ التزاماتهم، تطلب الجهة الطارحة للمنافسة من مقدمي العطاءات تقديم خطاب ضمان أولي Tender Guarantee or Bid Bond ما نسبته 5% على سبيل المثال من قيمة العطاء المقدم وصالح لمدة 90 يوما حسب طبيعة كل مناقصة.

وعليه يتوجب على مقدم العطاء إيداع مبلغ ما يعادل نسبة الضمان المنصوص عليه في عقد شروط المناقصة أو الطلب من البنك الذي يتعامل معه إصدار خطاب ضمان أولي لصالح الجهة التي طرحت المناقصة. وحسب طبيعة العلاقة بين مقدم العطاء والبنك، يصدر البنك خطاب ضمان لصالح الجهة التي طرحت المناقصة والتي ستكون المستفيدة من خطاب الضمان صالح لمدة 90 يوما من تاريخ إقفال صندوق تقديم العطاءات وبقية يحددها الأمر حسب النسبة المذكورة في شروط المناقصة والتي حددها بنسبة 5% من قيمة العطاء.

ويتسلم مقدم العطاء وهو الأمر في خطاب الضمان، خطاب الضمان ويرفقه بالمغلف الخاص لتقديم العطاء وبعدها يودع أوراق ومستندات العطاء مع خطاب الضمان في مغلف واحد في صندوق العطاءات.

وخلال التسعين يوما يتعين على مالك المشروع الذي قدمت له العطاءات والتي كانت سببا في إصدار خطاب الضمان الأولي أو ما يسمى كذلك بالابتدائي أو المؤقت تحديد الفائز في المناقصة وبالتالي يطلب منه التوقيع على عقد الإنجاز أو ما يسمى بعقد المقولة.

وإن لم يتمكن مالك المشروع تحديد الفائز بالمناقصة، واحتاج إلى مدة أطول - لنفترض ثلاثون يوما - توجب عليه عادة طلب التمديد من الأمر مباشرة وليس البنك المصدر لخطاب الضمان لعمل تمديد خطاب الضمان لمدة ثلاثين يوما.

وعندما يوافق الأمر على هذا الطلب ويقدم بالفعل طلبه إلى بنكه المصدر لخطاب الضمان تمديد أجله لمدة ثلاثين يوما، فإنه بهذا يوافق ضمنا على تمديد سعر العطاء لمدة الثلاثين يوما.

ويعزى السبب في عدم جواز طلب المستفيد من خطابات الضمان الأولية، الطلب من البنوك المصدرة لخطابات الضمان تمديد صلاحية خطابات الضمان، هو أن صلاحية أسعار العطاءات تكون محددة بمدة زمنية تنص عليها شروط المناقصة. وعليه فإنه لا يحق للطرف الذي يقوم بطرح مناقصة التلاعب في تمديد صلاحية الأسعار من خلال الطلب بتمديد خطاب الضمان لوجود ارتباط وثيق بين تاريخ انتهاء صلاحية خطاب الضمان الابتدائي وتاريخ صلاحية الأسعار المقدمة.

إلا أنه لا يعني الجواز للبنوك رفض طلبات تمديد صلاحية أو الدفع خطابات الضمان الأولية (إذا كانت ادفع أو مدد) المقدمة، حيث لا يجوز للبنك رفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر و/أو الأمر مع المستفيد. إلى جانب ذلك فإن البنك المصدر لخطاب الضمان الابتدائي يعتبر أجنبيا عن شروط عقد المناقصة، وبالتالي لا يحق له التدخل أو الاستفسار عن طبيعة المطالبة في السداد للمستفيد أو فيما إذا وافق الأمر بالفعل على تمديد صلاحية السعر المقدم في العطاء.

وتكون المطالبات في خطابات الضمان الأولية أو الابتدائية من قبل المستفيد إذا لم يتقدم مقدم العطاء وهو الأمر في خطاب الضمان عند أول طلب من قبل مالك المشروع (صاحب المناقصة) بالتوقيع على عقد المقاولات وتنفيذ شروط ذلك العقد الابتدائي ومنها تقديم خطاب ضمان لإنجاز المقاولات أو المشروع الذي بسببه قدم العطاء.

وإذا ما أجازت شروط المناقصة الدفع المقدم بنسبة معينة من قيمة العطاء فإنه يتعين على المقاول مقدم العطاء التقدم عند توقيع العقد بتقديم خطاب ضمان الدفعة المقدمة إلى جانب خطاب ضمان الإنجاز.

خطاب ضمان الإنجاز (التنفيذ) Performance:

يتوجب تقديم خطاب ضمان إنجاز من قبل المتعهد لصالح مالك المشروع - مثلا - بقيمة 10% من القيمة الإجمالية للعطاء ليكون بمثابة ضمان بيد مالك المشروع تجاه المتعهد لضمان حسن الإنجاز. وتستمر صلاحية هذا الضمان لفترة أطول بكثير من خطاب الضمان الأولي قد تمتد لمدة سنتين أو أكثر.

وعادة ما يكون خطاب ضمان الإنجاز محدد لفترة مدة الإنجاز، فإذا كانت مدة تنفيذ المشروع قد حددت بثلاث سنوات حسب شروط العقد، كانت مدة صلاحية خطاب ضمان الإنجاز لنفس المدة.

وبهذا يحق للمستفيد مطالبة البنك بالوفاء في أي وقت عند فشل أو تمنع أو تقاعس المتعهد عن تنفيذ بنود العقد.

خطابات ضمان الدفعة المقدمة (السلفة) Advance Payment Guarantee

عندما ينص العقد بجواز دفع نسبة معينة من قيمة العقد للمتعهد مقدما وذلك تسهيلا للمتعهد لتمويل المشروع وتجهيز الموقع للعمل، فإنه يتطلب من ذلك المتعهد تقديم ما يضمن إعادة المبلغ في حالة فشله أو تمنعه أو تقاعسه في تنفيذ بنود العقد. فيلجأ المتعهد للبنك لإصدار خطاب ضمان لاستلام الدفعة المقدمة من مالك المشروع الذي يصبح بموجب خطاب الضمان المستفيد من هذا الضمان.

فإذا قام المتعهد بتنفيذ جزء من المشروع، توجب على المستفيد من خطاب ضمان الدفعة المقدمة، الطلب من البنك المصدر لخطاب الضمان تخفيض القيمة حسب الإنجاز إلى أن يتلاشى الرصيد نهائيا. وتحتسب البنوك عمولاتها في هذه الحالة على إحدى الطرق التالية:

(1) احتساب العمولة على كامل القيمة من يوم الإصدار حتى يوم انتهاء الصلاحية في خطاب الضمان، وهذا بالطبع مكلف للغاية على أساس أن مالك المشروع سيطلب تخفيض قيمة خطاب الضمان بعد فترة وأخرى

حسب التنفيذ، إلى جانب أن المتعهد سيحرم من وجود سيولة نقدية قد يحتاج إليها في تنفيذ المشروع بسبب كبر حجم العمولة، أو

(2) احتساب العمولة كما ذكر سابقا ولكن من يوم بدء سريان مفعول هذا الضمان إذا كان بدء سريان مفعوله في تاريخ سابق لتاريخ إصداره وهذا بالطبع مكلف لنفس السبب السابق، أو

(3) احتساب العمولة على رصيد خطاب الضمان في نهاية كل شهر أو نهاية كل شهرين أو ربع سنوية أو نصف سنوية أو سنوية، وبالطبع كلما قصرت المدة في احتساب العمولة كلما كان ذلك أفضل للأمر.

وقد يتساءل المرء عن الفائدة التي سيتقاضاها مالك المشروع عند منح الدفعة المقدمة للمتعهد. والجواب هو أمر بسيط، حيث إن المتعهد في طبيعة الحال عند قيامه في وضع السعر النهائي للعطاء بإضافة تكلفة تمويل المشروع على قيمة المقاول، فإذا لم ينص العقد على الدفعة المقدمة، توجب على المتعهد أو مقدم العطاء إضافة الفوائد البنكية على المشروع وبالتالي تتضخم قيمة العطاء ويكون ذلك ضد مصلحة مالك المشروع.

وأما إذا تساءل أحد عن إمكانية قيام المالك للمشروع في وضع أمواله في حسابات تحت الطلب أو بحساب التوفير أو بربط المبلغ بوديعة ثابتة لجني الفوائد بدلا من دفع المبلغ مقدما إلى المتعهد، فالجواب لن يكون فسي مصلحة مالك المشروع، حيث إن البنوك تحتسب نسبة فوائد على الودائع بأقل من نسب الفوائد التي تتقاضاها جراء إقراض الآخرين. وعليه فإن من مصلحة مالك المشروع تقديم هذا التمويل على أساس الضمان وبالتالي يخفض تكلفة المشروع النهائية.

وهناك قضية في المحاكم الكويتية مشهورة ضد مستفيد من خطاب الضمان الدفعة المقدمة، وفيها تظلم الأمر للمحاكم الكويتية من أنه قام بتكليف بنكه بإصدار خطاب ضمان دفعة ومقدمة، ولم يقم المستفيد بدفع مبلغ الدفعة المقدمة وعلى الرغم من ذلك هدد بتسييل ومصادرة خطاب الضمان، الأمر الذي دفع الأمر اللجوء إلى القضاء لحجز الضمان احتياطيا لحين بت القضاء فيها. حيث تبين بعد ذلك صحة ادعاء الأمر، الأمر الذي نجم

عنه صدور حكم بعدم أحقية المستفيد بمصادرة خطاب الضمان وإلزامه بالمصاريف¹.

وعلى البنوك وكذلك مقدمي طلبات إصدار الدفعات المقدمة، وضع شرط مفاده أن يكون خطاب الضمان ساري المفعول عند تحويل المستفيد من خطاب الضمان الدفعة المقدمة بحساب البنك المصدر لخطاب الضمان مع البنك المركزي، مع وضع إشارة لرقم خطاب الضمان أو إصدار المستفيد شيكا (صك) بمبلغ الدفعة المقدمة يكون لصالح البنك المصدر لخطاب الضمان. وبهذا يكون البنك المصدر لخطاب الضمان مطمئناً على سلامة خطاب الضمان وسير العملية على أكمل وجه دون الدخول في متاهات يكون في غنى عنها.

والسبب في اشتراط تحويل المبلغ لحساب البنك المصدر لخطاب الضمان مع البنك المركزي و/أو إصدار شيك (صك) من المستفيد من خطاب الضمان باسم البنك المصدر لخطاب الضمان، لحفظ حقوق المستفيد من خطاب الضمان إذا ما دفع المبلغ مقدماً بشكل مباشر للأمر. فالشيك يعتبر أداة دفع أو أمر دفع وليس إثبات دائنية أو إثبات سداد. وكذلك بالنسبة للتحويل الإلكتروني المباشر من حساب المستفيد من خطاب الضمان إلى حساب الأمر، فقد لا يفصح أحد الأطراف للبنك المصدر لخطاب الضمان بتسليم و/أو تسلم الدفعة المقدمة.

وعلينا أن لا ننسى الفهم من أن للبنك المصدر لخطاب الضمان الحق في رفض الوفاء للمستفيد بسبب عدم تحويل الدفعة المقدمة إلى الأمر من خطاب الضمان إن لم ينص خطاب الضمان صراحة بشرط الدفع، وذلك

¹ هذا ما كان جوهر القضية حيث كانت خاصة بموضوع توريد معدات، راجع - مجلة القضاء والقانون التي تصدر من وزارة العدل الكويتية - محكمة الاستئناف العليا "المكتب الفني" - العدد الثاني للسنة العاشرة 1983/10/1 طعن بالتميز رقم 81/33 تجاري - فقد ذكر البنك المطعون ضده على الدعوى "بأن أداء الكفالة كما جاء بخطاب الضمان مشروط بإيصال من الطاعنة (المستفيد من خطاب الضمان) يفيد تسلمها بمبلغ الكفالة". وعليه انتهى الحكم صائباً على ما تقدم إلى رفض الدعوى على سند من عدم توفر الشرط الوارد في خطاب الضمان والذي يسيغ للطاعنة أحقيتها في صرف قيمته، ومن ثم فإن نعي الطاعنة على البنك خطأه لإلغاء قيد المبلغ من حسابها بعد قيده فيه - بفرض صحته - غير مؤثر في النتيجة التي خلص إليها الحكم ويكون بذلك غير منتج ولا مصلحة للطاعنة فيه - حيث ما تقدم يتعين رفض الطعن.

حسب نص المادة التي ذكرناها سابقا والمادة رقم 385 من قانون التجارة الكويتي والتي نصت " لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد ".

محجوز الضمان Retention Guarantee:

عادة ما يشترط في عقود الإنشاءات والبناء والتوريد حجز ما نسبته 5% - أو 10% والذي يسمى في بعض الدول العربية "بالتوقيفات العشرية" - من قيمة المشروع لمدة سنة أو سنتين أو أكثر حسب الاتفاق بذمة مالك المشروع حتى نهاية فترة الصيانة لحفظ حقوق مالك المشروع من مغبة تقاعس المتعهد صيانة الأعطال.

فإذا نص العقد بجواز صرف مبلغ محجوز الضمان مقابل خطاب ضمان، جاز للمتعهد تقديم خطاب ضمان صادر من بنكه لصالح المستفيد مالك المشروع يضمن بمقتضاه الوفاء لمالك المشروع في حالة تقاعس المتعهد بالالتزام بأوامر الصيانة. وعليه يفرج مالك المشروع عن الدفعة النهائية أو ما يسمى بمحجوز الضمان للمتعهد.

خطابات ضمان أخرى:

وهناك مسميات كثيرة لا حصر لها مثل خطاب الضمان للضرائب، وهذا ما تطلبه الوزارات من الشركات الأجنبية العاملة للإفراج عن المبالغ المحجوزة حتى إتمام عملية حساب حقوق الدولة بالنسبة للضرائب.

وهناك خطابات ضمان مفتوحة تصدر لإدارات تنفيذ الأحكام والتي يستطيع بمقتضاها الأمر من خطاب الضمان تأجيل التنفيذ عليه جراء حكم صادر ضده، لحين صدور حكم نهائي في القضية الماثلة أمام محاكم الاستئناف أو التمييز، وتكون قيمة الضمان في هذه الحالة تساوي قيمة الحكم الصادر ضد الأمر، وأما صلاحية خطاب الضمان فتكون مفتوحة الصلاحية حسب النص الآتي "سارية المفعول من 1998/12/1 حتى صدور الحكم النهائي في القضية رقم 156/92 تجاري كلي".

وقد يعتقد بعض المتعاملين في هذه النوعية من خطابات الضمان بسقوطها بعد انقضاء فترة التقادم حسب نص القانون التجاري لكل دولة،

وبالطبع هذه الاعتقاد خاطئ حسب القوانين المعمول بها في أي دولة كانت¹. وللعلم فقط فإن فترة التقادم للعمليات التجارية في الكويت تتراوح بين ستة شهور وعشر سنوات حسب نوعية المعاملة التجارية، وأما في الولايات المتحدة فتسقط المطالبات التجارية بين الفرقاء بعد انقضاء فترة الثلاث سنوات².

ولا بأس من توخي الحذر من استخدام كلمة التقادم بالنسبة لأي عملية تجارية كانت، حيث إن الفیصل النهائي في قبول تحديد فترة التقادم و/أو قبول الجدل في استخدام التقادم هي المحكمة، حيث يستطيع المتظلم الاستناد إلى التقادم إلا أنه لا يعني الحكم فيه لصالحه لكون الأحكام من اختصاص القضاء.

خطابات الضمان المشروطة:

وقد يصدر البنك بناء على طلب الأمر خطاب ضمان مشروط لصالح المستفيد وذلك بقيام المستفيد بتقديم مستند بدعم مطالبته في خطاب الضمان، أو تقديم جملة مفادها بأن سبب المطالبة بالدفع ومصادرة قيمة خطاب الضمان بسبب إخلال الأمر بأحد مواد وبنود عقد التنفيذ.

وإن كان الشرط كذلك، فعلى البنك المصدر لخطاب الضمان التأكد من تنفيذ الشرط حسب ما نص عليه الضمان، إلا أنه لا يصبح شرطياً في التحقيق بصحة المستندات من عدمها، بسبب أن خطابات الضمان تدفع من دون قيد أو شرط حسب ما أشرنا إليه سابقاً في بداية حديثنا عن خطابات الضمان. ولكن السؤال كيف يصبح البنك مسؤولاً عن التحقق بوجود العذر وأن يقوم مقام الشرطي في خطاب الضمان ومطالباتها.

ونسترعي لفت انتباه القراء الكرام بأن ليس للبنك الحق في ارتداء لباس الشرطي في خطابات الضمان، وإنما يرتدي ذلك اللباس إذا كان البنك قد أصدر كفالة مشروطة بشروط تقحم معها البنك المصدر للكفالة التحقق من صحة المطالبات حسب العقد الذي صدرت بسببه الكفالة، أو صدور الكفالة

¹ فيما عدا اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة والتي أصبحت الكويت عضواً فيها سنة 1998 حيث نصت المادة رقم 12-ج بسقوط الكفالات أو خطابات الضمان المفتوحة الصلاحية بعد انقضاء ست سنوات على تاريخ إصدار التعهد.

² راجع Statues of Limitation قانون التجارة الأمريكي .

بطريقة وصياغة كما هو الحال في خطاب الضمان، الأمر الذي يلزم البنك
الوفاء دون قيد أو شرط.

إنن لماذا هذا اللبس والاختلاف في التسميات؟ بالطبع سؤال جدير
بالجواب عليه، حيث إن المسميات (كفالة أو خطاب ضمان) تأتي حسب
القوانين الوضعية في كل دولة على حدة من ناحية، ومن ناحية أخرى حسب
طبيعة تصنيف المتعاملين والأمر للقضاة.

أحكام قضائية
في
خطابات الضمان

أحكام قضائية في خطابات الضمان¹

علاقة خطاب الضمان بالأطراف والعقود:

خطاب الضمان وإن صدر تنفيذًا للعقد المبرم بين البنك والمدين معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل من مقتضاها أن يلتزم البنك وبمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به الأخير فور طلبه باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين به، ولا يسقط هذا الالتزام إذا طالب المستفيد البنك أثناء سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان، إذ لا يتصور المستفيد لمجرد أنه عرض إمكان انتظاره خطاب الضمان مدة أخرى والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطاب الضمان في التعامل، ومن ثم يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاء صحيحا متى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع، حتى لو تم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته².

تجاريته:

جميع أعمال البنوك ومن بينها إصدار خطابات الضمان تعتبر عملا تجاريا طبقا لنص الفقرتين 4، 5 من المادة 2 من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر³.

¹ الموسوعة التجارية الحديثة في أحكام محكمة النقض المصرية - المجلد الأول - للأستاذ عبد المنعم دسوقي - المستشار بمحكمة النقض المصرية.
² الطعن رقم 1189 مصري لسنة 49 ق جلسة 1984/2/13 - س 35 - ص 473 - مصدر سابق.
³ الطعن رقم 411 (مصري) لسنة 49 ق جلسة 81/4/13 س 32 ص 115 - مصدر سابق.

طبيعته القانونية:

(1) البنك في التزامه ب خطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصف كونه نائباً عن عميله. فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إعداره هو قبل صرف مبلغ التعويض، المبين في خطاب الضمان¹.

(2) مؤدى سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو إلزام بوفاء قيمته خلال هذه المدة، بحيث لا يعتبر التاريخ الوارد فيه هو بداية استحقاق إلزام البنك بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان باعتباره حداً أقصى لنفاذه².

(3) من المقرر أنه وإن كان البنك - مصدر خطاب الضمان - يلتزم بسداد قيمته إلى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك أثناء سريان أجله دون حاجة إلى الحصول على موافقة العميل، إلا أنه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان إلا بموافقة العميل³.

(4) الأصيل في خطاب الضمان ألا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل، إلا أنه لا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بواقعة ترجع إلى المستفيد من الخطاب⁴.

¹ الطعن رقم 370 (مصري) لسنة 29 ق جلسة 1964/5/14 س 15 ص 691 - مصدر سابق.

² الطعن 294 (مصري) سنة 35 ق جلسة 69/5/27 س 25 ص 118 - مصدر سابق.

³ الطعن رقم 159 (مصري) لسنة 46 ق جلسة 1980/2/11 س 31 ص 470 - مصدر سابق ونقض 1979/1/13 مجموعة المكتب الفني للسنة 30 ع 3 ص 436.

⁴ الطعن رقم 2084 (مصري) لسنة 58 ق جلسة 1989/5/29، والطعن رقم 1013 (مصري) لسنة 50 ق جلسة 1985/12/30، ونقض 1979/12/31 (مصري) س 30 ص 426، ونقض 80ج/2/11 (مصري) س 31 ص 470، ونقض 1980/12/22 (مصري) س 31 ص 2097 - مصدر سابق.

علاقات أطراف خطاب الضمان:

(1) إن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير بإعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك¹.

(2) من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب، وجب عليه الدفع فوراً، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعد بغير هذه المستندات. وفي ذات الوقت ليس له أن يستقل - دون موافقة عمليه - بمد أجل خطاب الضمان عن أجل الموقوف فيه والمتفق على تحديده مقدماً. ويسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول نهاية ذلك الأجل².

(3) متى كان خطاب الضمان - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجة على عاقيه وحدهما الشاحن والناقل ولا يحتج به على الغير حامل سند الشحن، فإن الدعوى التي يقيمها الناقل البحري ضد الشاحن يطالبه بالتعويض الذي دفعه إلى المرسل إليه استناداً إلى خطاب الضمان الذي أصدره الشاحن مقابل حصوله على سند شحن نظيف خال من التحفظات،

¹ الطعن 294 (مصري) لسنة 35 ق جلسة 1969/5/27 س 20 ص 811 - مصدر

سابق.

² الطعن رقم 1342 (مصري) لسنة 49 ق جلسة 1980/12/22 س 31 ص 2097

- مصدر سابق.

يكون أساسها المسؤولية التعاقدية وليست المسؤولية التقصيرية، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون¹.

(4) من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير بإعتباره حقاً له، يحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، كما أن البنك مصدر الخطاب، لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، ذلك أن إلتزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل، ويترتب على ذلك أن ما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان إنما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها²، كما أن البنك الذي يقوم بتثبيت إعتقاد بنكي بين عميله والمستفيد منه، لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزام المدين المكفول بل يعتبر في هذه الحالة إلتزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين المتعاملين³.

(5) خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، من مقتضاها أن يلتزم البنك وبمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان، طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين به، ولا يسقط هذا الإلتزام إذا طالب المستفيد البنك أثناء سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان إذ لا يتصور أن يضار المستفيد لمجرد أنه عرض إمكان انتظاره خطاب الضمان مدة أخرى والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التي يستهدفها

¹ الطعن رقم 1293 (مصري) لسنة 48 ق جلسة 1982/3/8 س 33 ص 295 - مصدر سابق.

² راجع ما ذكرناه سابقاً في الفصول المتقدمة - المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي.

³ الطعن رقم 648 (مصري) لسنة 48 ق جلسة 82/4/12 س 33 ص 395 - المرجع السابق. راجع كذلك "الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني" للمؤلف.

نظام خطابات الضمان في التعامل. ومن ثم يكون سداد البنك في هذه الحالة وفاء صحيحا حتى وصلت إليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان، ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع، حتى لو تم هذا الوفاء بعد انتهاء مدة سريان الخطاب لأن العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته¹.

(6) المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعباراته هي التي تحدد التزام البنك بالشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طُلب بالوفاء في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب، وجب عليه الدفع فورا، بحيث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات².

(7) إن خطاب الضمان وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، من مقتضاها أن يلتزم البنك وبمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان وحده وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها، حتى إذا ما طُلب بالوفاء أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط، وجب عليه الدفع فورا طالما كان هذا الأداء في حدود التزام البنك المبين به³.

(8) حق المستفيد من خطاب الضمان ينشأ من تاريخ وصول الخطاب إليه وعلمه به وطبقا لما يرد به من عبارات وذلك حتى انتهاء المدة المحددة به، بحيث يسقط هذا الحق إذا لم تصل المطالبة إلى البنك المصدر للخطاب حتى نهاية التاريخ المحدد به، ولا يعد تسليم الخطاب من قبل المستفيد إلى

¹ الطعن رقم 1189 (مصري) لسنة 49 ق جلسة 84/2/13 س 35 ص 473، والطعن رقم 1013 (مصري) لسنة 50 ق جلسة 85/12/30 - المرجع السابق.

² الطعن رقم 2084 (مصري) لسنة 58 ق جلسة 89/5/29 - المرجع السابق.

³ الطعن رقم 2395 (مصري) لسنة 61 ق جلسة 93/1/4، والطعن رقم 7304 (مصري) لسنة 63 ق جلسة 94/6/27، ونقض جلسة 84/2/13 (مصري) س 35 ص 473 - مصدر سابق.

البنك المصدر له بعد انتهاء مدته تنازلاً عنه إلا إذا تضمن الخطاب مثل هذا الاتفاق أو اقترن تسليمه إلى البنك بما يدل على تنازل المستفيد عما ورد به من حقوق - لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد ارتكن إلى أن تسليم المطعون ضده لخطاب الضمان في 1989/7/5 بعد انتهاء مدته لا يعد تنازلاً عن هذا الخطاب، لأنه طالب بقيمة هذا الخطاب بتاريخ 1989/6/25 وعاود هذا الطلب بخطابه المؤرخ 1989/6/29 وذلك قبل انقضاء مدته المبينة به¹.

ومن هذه الأحكام التي صدرت من المحاكم المصرية والتي جمعها وأعدّها الأستاذ عبد المنعم دسوقي المستشار بمحكمة النقض المصرية في موسوعته الفاخرة، أصبحت واضحة وجليّة الأسس الرئيسية والهامة لخطابات الضمان وعلاقة الأطراف بعضهم البعض في خطابات الضمان.

¹ الطعن 7304 (مصري) لسنة 63 ق جلسة 94/6/27 والطعن 126 (مصري) لسنة 42 ق جلسة 81/12/28 - مصدر سابق.

الفصل الثالث

**الكفالات
و
خطابات الضمان**

الكفالات و خطابات الضمان

Demand Guarantees And Surety

تعتبر الضمانات والكفالات من أدوات عقود التسهيلات الائتمانية التي تمنحها البنوك لعملائها. فيشكل الضمان في مضمونه بأنه يقوم على مقدار الثقة الائتمانية التي يمنحها البنك لعميله، فالأصل هي ثقة البنك. وتتباين مقادير ثقة البنك من عميل الى عميل آخر، فقد يكون مقدار وحجم التسهيلات الائتمانية كبيراً بالحجم (بالملايين من الدنانير) وقد يكون أقل من ذلك بكثير، أو قد يكون مقابل هامش نقدي كامل أو جزئي يقدمه العميل للبنك ليساهم بدوره بجزء من المخاطر الائتمانية.

والمخاطر التي قد يتعرض لها البنك كثيرة، مثل المطالبات التعسفية والتي تكون السبب في إخراج العميل من السوق وخسارته، الأمر الذي سيجر البنك لخسائر فادحة من جراء عدم استطاعة الأمر الوفاء، وهناك أخطار سوء التصرف من قبل البنك، إلى جانب المخاطر السياسية والاقتصادية والكوارث الطبيعية والتي تساهم في قلب الموازين الاقتصادية وتغيير جغرافية التجار في السوق.

وعليه بات من الضروري دراسة ظروف الأشكال المختلفة للضمانات والكفالات لتكون منارا لنا للبحث العلمي الدقيق.

تعريف الكفالة:

الكفالة "عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأنه إذا لم يؤده المدين"¹. أو "عقد بمقتضاه يلتزم شخص تجاه الدائن تنفيذ موجب مديونية إذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه"².

ومن هذا التعريف، إن الكفالة تفترض وجود التزام مكفول في ذمة المدين الأصلي. وتذكر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ذلك بصراحة أكثر شمولية: "الكفالة في اصطلاح الفقهاء، هي ضم الكفيل ذمته

¹ القانون المدني الكويتي - المادة 745

² قانون الموجبات والعقود اللبناني - المادة 1053

إلى ذمة الأصل، أو بعبارة أخرى إلى ذمة المكفول عنه بالشئ المكفول به وهي مشروعة بدليل قوله سبحانه وتعالى {ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم} وقوله صلى الله عليه وآله وسلم {الزعيم غارم} أي الكفيل ضامن". وعليه يكون التزام الكفيل التزاما تابعا للالتزام الأصلي، خلافا لما أتت به النصوص التشريعية في خطابات الضمان.

والقانون الكويتي لا يدخل الكفالة بالنفس كما فعلت بعض التقنيات العربية¹، لأن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية، وإنما يلتزم التزاما أصليا بعمل معين، هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين، أو إحضار الكفيل في موعد ما للمحاكمة و/أو أخذ أقواله كما هو متعارف عليه في حوادث المرور وغيرها من الجنايات التي ترتكب بفعل فاعل سواء بقصد أو بغير قصد².

واحتفظ المشروع الكويتي بوجه عام في تنظيم الكفالة وأحكامها بالأحكام المنصوص عليها في التقنين المصري مع إجراء بعض التعديلات حسب ما تقتضيه الملاءمة.

أركان الكفالة:

يعتبر التزام الكفيل من الالتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع. ونص القانون اللبناني " الكفالة مجانية بطبيعتها 000000000000"³. وقد خرجت الكثير من التقنيات العربية والأجنبية عن القواعد العامة في الإثبات بتقرير وجوب إثبات الكفالة حسب ما جاءت به التشريعات الكويتية الذي أخذ شيئا من التقنين الفرنسي وصاغه في المادة 746⁽⁴⁾ حيث ذكرت: " الكفالة لا تفترض، ويجب أن يكون رضا الكفيل صريحا"، تاركا مسألة الإثبات للقواعد العامة. ويذكر القانون اللبناني " ان الكفالة لا تغدو تقديرا بل يجب ان تتجلى إرادة التكفل من الصك صراحة"⁵.

¹ العراقي والأردني.

² مثلا قانون الموجبات والعقود اللبناني - المادة 1098 تنص " كفالة الحضور عهد يلتزم به شخص أن يقدم شخصا آخر لدى القضاء أو أن يحضره عند استحقاق الموجب أو عند الحاجة".

³ المادة 1067 - قانون الموجبات والعقود اللبناني.

⁴ القانون المدني الكويتي.

⁵ المادة 1059 - قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وفي المادة 747 من القانون المدني الكويتي¹ يستعرض الشروط الواجب توافرها في الكفيل وملخصها أن الشخص حين يكون ملزماً بتقديم كفيل، سواء كان مصدر التزامه هو القانون أو القضاء أو الاتفاق، فإنه يجب أن يتوافر في هذا الكفيل شرطان، أولهما: أن يكون قادراً على وفاء الدين الذي كفله وعلى المدين عبء إثبات اقتدار الكفيل الذي قدمه. وثانيهما: أن يكون موطنه في دولة الكويت، للتسهيل على رجوع الدائن عند المطالبة. ولا تعني مسألة الموطن أن يكون الكفيل كويتي الجنسية، بل يصح أن يكون غير كويتي ما دام محل إقامته في دولة الكويت.

وإذا ما توافر في الكفيل الشرطان الأساسيان صح للمدين تقديمه كفيلاً حتى وإن انتقل موطن الكفيل بعد إبرام الكفالة خارج الكويت و/أو أعسر². وتعتبر المادة 747 من المواد التي وضعت لمصلحة المستفيد من الكفالة.

أطراف الكفالة:

وأما بالنسبة لكفالة المدين، فتصح كفالته بغير علمه أو بالرغم من معارضته حسب نص المادة 748 من القانون المدني، "تجوز كفالة المدين بغير علمه، كما تجوز أيضاً رغم معارضته" وتتجانس هذه المادة في القانون الكويتي مع الكثير من القوانين العربية، فتذكر المادة 1062 - على سبيل المثال - من القانون اللبناني "تجوز كفالة الموجب بدون علم من المديون الأصلي 000000". فكفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته، إلا أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعاً للالتزام الأصلي، فلا يقوم إلا بقيامه، ويكون الكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين³. فالكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط⁴.

¹ راجع الملحق.

² راجع المواد 1068 في الفقه اللبناني ومشروع تمهيدي مصري 1140 والفرنسي 2020 - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

³ جلسة 1972/12/28 س 23 مج فني مدني مصري ص 1487 - تقابلها المادة

748 من القانون المدني الكويتي ومصري 784 وسوري 741 ولبناني 1488 - راجع مدونة القانون المدني - للأستاذ معوض عبدالنواب رئيس نيابة النقض والمفتش القضائي.

⁴ المادة 1062 - قانون الموجبات والعقود اللبناني.

فالكفالة إذن عقد بين الكفيل والدائن دون أن يكون المدين طرفاً فيه، إذ قد أجاز القانون بكفالة المدين دون علمه. إذا فالكفالة يجوز أن تعقد بين طرفيها، بإذن المدين الأصلي أو بغير إذنه، بل وعلى الرغم من معارضته، وللکفيل في جميع الحالات أن يرجع الى المدين الأصلي إذا وفى الدين عنه أيا كان تكييف الدعوى التي يرجع بها عليه.

الكفالات التضامنية:

في الطعن رقم 690 مصري - لسنة 40 ق جلسة 1976/3/15 ذكر "التزام الكفيل متضامناً كان أو غير متضامن - هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً مع سائر المدينين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون ضده كان كفيلاً للمدين الأصلي في تنفيذ التزام هذا الأخير قبل الشركة الطاعنة، ولم يكن مديناً أصلياً معه في هذا الالتزام المطعون ضده - لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون¹.

وللتسهيل على البنوك في الرجوع على الكفيل وتماشياً مع عقود التسهيلات التي تمنحها البنوك للشركات والمؤسسات والأشخاص، نظم المشروع الكويتي في المادة 749 من القانون المدني كفالة الوفاء في الالتزامات التي تنشأ مستقبلاً. فإذا منح البنك تسهيلات ائتمانية لفتح اعتمادات مستندية، وخطابات ضمان، وسحب على المكشوف، وقروض متنوعة، فإن الدين لن يتحقق إلا إذا قام العميل في استغلال السقوف الائتمانية التي منحها البنك وصرح بها للعميل وقت التوقيع على العقد. وبمعنى آخر إذا لم يستفد العميل من التسهيلات الائتمانية الممنوحة له في المستقبل فإن البنك لا يحق له الرجوع على العميل و/أو كفلائه. وعليه أجازت المادة 749 أن يقدم العميل كفيلاً يضمن ما عسى أن يقبضه من هذه التسهيلات الائتمانية² على أن تكون هذه الكفالة مقيدة بقيدتين أساسيين، الأول: أن يحدد في عقد الكفالة الحد الأقصى لما يلتزم به الكفيل، وذلك حماية للكفيل من أن يتورط في التزامات لا يعلم مداها. والثاني: تحديد مدة الكفالة. فإذا كانت محددة المدة جاز للدائن الرجوع على الكفيل عند انقضاء المدة، فإن لم تحدد المدة جاز

¹ س 27 ص 637 - المصدر السابق.

² عقد الاعتماد.

للكفيل العدول عن الكفالة بشرط الوفاء بقيمة الدين حتى تاريخ العدول عن الكفالة غير محددة المدة¹ - أنظر إلى المثال رقم 7.

وأجازت معظم التشريعات العربية كفالة الدين المستقبل، "تجوز كفالة الدين المستقبل طبقاً لأحكام القانون المدني القديم الذي نشأ الالتزام بالكفالة موضوع النزاع في ظله، ولو لم يتعين موضوع هذه الكفالة مقدماً، مادام تعيينه ممكناً فيما بعد"². ويتوافق القانونين الكويتي واللبناني - المادة 1057 - مع الاجتهاد المصري في هذا الخصوص.

وأما بالنسبة لورثة الكفيل فإنها تعتبر إحدى حالات كفالة الدين المستقبل: "لا يقبل من ورثة الكفيل قولهم أنهم عدلوا عن كفالة مورثهم للريع المطالب به باعتباره ديناً مستقبلاً، لأن الثابت من الحكم المطعون فيه، أن هذا الدين كان قد نشأ واستحق قبل رفع الدعوى به، بما ينفي عن كفالته، أنها عن دين مستقبل وقت ذلك العدول"³.

ومن خصائص الكفالة أنها عقد رضائي، وملزم لجانب واحد، وهي مبدئياً عقد تبرع بالنسبة للكفيل ما لم ينص على خلاف ذلك - فضلاً عن ذلك - عقد تابع وليس مستقل عن عقد المدين مع المكفول، فتعقد بالتراضي بين الكفيل والدائن، فلا يلزم لانعقادها شكل خاص خلاف الرهن الرسمي الذي لا ينعقد إلا إذا حرر في ورقة رسمية وموثقة عند كاتب العدل أو حسب القانون المتبع من دولة إلى أخرى، ولأن الكفالة لا تقتض جبراً، وجب أن يكون رضا الكفيل صريحاً⁴.

إلى جانب ما جاء، فإن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فالكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن، والأصل فيها أن يقع التزام على جانب الكفيل وحده، إذ هو الذي يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يف به المدين الأصلي، أما الدائن فلا يلتزم - عادة - بشيء قبل الكفيل. واستثناء من هذا الأصل يجوز أن تكون الكفالة عقداً ملزماً لجانبه، كما إذا التزم بأن يدفع للكفيل مقابلاً لقاء كفالته الدين، فيكون كل من الكفيل والدائن ملتزماً قبل الآخر، ويكون عقد الكفالة - بالتالي - ملزماً للجانبين، وليس معنى هذا أن الكفالة - في الأصل

¹ راجع نص المادة 749 والمادة 750 من القانون - أنظر الملحق.

² الطعن رقم 323 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/9 ص 23 - مدونة القانون المدني - للأستاذ/ معوض عبد التواب.

³ الطعن السابق - المصدر السابق.

⁴ المادة 746 مدني كويتي و 1061 لبناني.

– عقد ملزم لجانب واحد وأنه لا يلزم فيها رضا الدائن، إذ العقد لا ينشأ إلا بالتقاء إرادتي الكفيل والدائن¹.

ولما كان للكفيل الحق في كفالة المدين دون علمه أو بعلمه، فتعتبر الكفالة أساساً من عقود التبرع بالنسبة للكفيل بسبب أن التزامه بالأصل التزام تبرعي، وعليه يلزم فيها أهلية التبرع في الكفيل.

¹ الدكتور سليمان عبد المجيد – المستشار العام للبنك الأهلي الكويتي – الكويت.

المثال رقم 7

إقرار بكفالة تضامنية غير قابلة للنقض

اطلعنا على شروط وأحكام عقد التسهيلات المصرفية المؤرخ / / المحرر بين البنك المصري اللبناني الكويتي (ويشار إليه فيما يلي بكلمة "البنك") وبين عميله السيد/ السادة (ويشار إليه فيما يلي بكلمة "المدين"). ونقر - بموجب هذا - بأننا نكفل على وجه التضامن مع المدين جميع الالتزامات والوفاء بكافة المبالغ التي تستحق للبنك بمقتضى العقد المذكور أيا كان نوعها أو سببها، وتشمل هذه الكفالة المبالغ التي يجري قيدها على الحساب/ الحسابات الممنوحة عليها هذه التسهيلات بأي صورة كانت والرصيد المدين بالحساب عند قفله أو في أي حساب آخر تستخدم فيه تلك التسهيلات.

وهذه الكفالة مستمرة وغير مشروطة، ولا تقبل الإلغاء أو الرجوع أو السقوط، وبموجبها يحق للبنك أن يطالبنا برصيد المديونية الناتجة عن العقد المذكور وسائر ملحقاتها من فوائد ومصرفيات وعمولات وغيرها، ودون أن يكون لنا الحق في الاعتراض على ذلك.

وتظل كفالتنا هذه قائمة ومستمرة ومنتجة لكافة آثارها القانونية في حالة تجديد عقد التسهيلات أو امتداد سريانه أو تعديله لأي سبب من الأسباب وحتى يستوفي البنك كافة حقوقه المستحقة قبل المدين المكفول.

ومن المتفق عليه أن جميع الأموال والأوراق المالية والتجارية والمعادن الثمينة والبضائع والحقوق الأخرى من أي نوع، والمقيدة أو المودعة باسمنا حاليا أو التي تقيد أو تودع باسمنا مستقبلا لدى البنك أو أي من فروع داخل الكويت وخارجها تضمن تنفيذ التزاماتنا المترتبة على هذه الكفالة، ودون حاجة إلى إقرار خاص بذلك، ويكون للبنك الحق في الحصول على مستحقاته واستيفاء دينه مباشرة من الأموال المشار إليها بطريق المقاصة بالأولوية والأفضلية على أي دائن آخر، وبغير حاجة إلى تنبيه أو إخطار أو أي إجراء آخر، وذلك مع عدم الإخلال بحق البنك في اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات أخرى لاستيفاء حقوقه كاملة، ويحق للبنك أن يقيد المديونية المكفولة منا على أي حساب لنا مفتوح حاليا أو يفتح مستقبلا ليده أو

لدى أي من فروع داخل الكويت أو خارجها، ودون حاجة إلى تنبيه أو إخطار أو أي إجراء آخر.

وتسري علينا الأحكام التي نص عليها عقد التسهيلات سالف الذكر، كما نتعهد بتزويد البنك بأية بيانات يطلبها عن مركزنا المالي أو ميزانيتنا السنوية في أي وقت يشاء على أن تكون إجابتنا مؤيدة بالمستندات.

وتخضع هذه الكفالة لأحكام القانون الكويتي ولاختصاص المحاكم الكويتية وحدها، ونقبل الاختصاص المحلي لمحاكم لبنان في أي نزاع قد ينشأ عنها.

المقر بما فيه

الكفيل المتضامن / الكفلاء المتضامنون

وأما بالنسبة لكفالات الالتزام الشرطي، كما فعلت بعض التقنيات العربية والأجنبية فإنه بجواز هذه الكفالة وإن لم يوجد لها القانون الكويتي أطراً تحدد معالمها، بل لا شك في جواز الكفالة الشرطية في القانون طبقاً للقاعدة العامة "العقود شريعة المتعاقدين".

وتستعرض المواد من 750 إلى 752 من القانون المدني الكويتي، تبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول. فإذا كان الالتزام باطلاً أو قابلاً للإبطال فيصبح الالتزام باطلاً حسب الالتزام الأصلي ويصح كذلك بإجازه¹. ويذكر القانون اللبناني في هذا الخصوص " لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح"². فالإلتزام الكفيل يتبع الإلتزام المدين الأصلي في صحته وبطلانه، فإذا كان الكفيل ناقص الأهلية بطلت الكفالة - وهذا النص مستوحى من المادة 626 من التقنين البولوني.

إن الإلتزام المكفول هو الذي يحدد الإلتزام الكفيل، مقداراً وشرطاً وعبء وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الإلتزام المكفول. وعليه لا يلتزم الكفيل بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلي، ويتبعه في ذلك محل الوفاء والعبء والوعد وغير ذلك من الإلتزامات المنصوص عليها في عقد الكفالة.

وأما بالنسبة لتحديد مدى الإلتزام الكفيل بالنسبة لتوابع الإلتزام مثل التعويض عن عدم التنفيذ ومسؤولية المدين العقدية فإن المادة 752 من القانون المدني الكويتي تشمل توابع الإلتزام فيما عدا المصاريف، حيث يضمن الكفيل مصروفات المطالبة الأولى فقط لأن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الأصلي بالدين، ولكن الكفيل لا يضمن ما يتلو ذلك من مصروفات إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبته المدين المطالبة الأولى. وغني عن البيان أن هذه المصروفات يجب أن تكون غير مبالغ فيها³.

¹ المادة 750 من القانون المدني الكويتي - راجع الملحق.

² المادة 1056 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

³ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي. وأما نص المادة 781 من القانون المصري "إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل - ليبي 990 وسوري 747 وعراقي 1015 ولبناني 1066 وسوداني 663 - الأستاذ معوض عبد التواب - الزيادة في القانون الكويتي "وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه".

وإذا كان هناك كفلاء متعددين ومتضامنين فيما بينهم وبعقود غير متوالية وإن كفّلوا جميعهم نفس الدين، فإن المادة 759 من القانون المدني الكويتي رتبت لهذا الموضوع ترتيباً خاصاً¹، جاز الرجوع على أي منهما بكل الدين. ولكن إذا كان الكفلاء متعددين وبعقد واحد وكفّلوا نفس الدين ونفس المدين، أصبحوا غير متضامنين فيما بينهم، وعليه يقسم الدين عليهم بالتساوي ما لم يبين عقد الكفالة مقدار ما يكفله كل واحد منهم. وإذا كانت الالتزامات بالنسبة للكفلاء بعقود متوالية، كان كل منهم مسؤولاً عن الدين كله ما لم يحتفظ لنفسه بحق التقسيم.

وإذا كفّل عدة أشخاص ديناً واحداً، فلا يلزم لكل منهم إلا بقدر حصته ونصيبه، ويحق له التشبث تجاه الدائن بتجزئة المداعاة. لا تضامن بين الكفلاء إلا إذا نص عليه أو كان كل منهم قد عقد الكفالة على حدة للدين بكامله، أو عندما تعد الكفالة عملاً تجارياً من الكفلاء².

الكفالات الصادرة من البنوك:

تصدر الكفالة من بنك بناء على طلب عميل له لطرف آخر والمسمى بالمستفيد، وتعتبر الكفالة صورة من صور اقتراض التوقيع، لأنه لا يستتبع عملياً صرف مبالغ نقدية إلى ذلك المستفيد.

وللكفالات صور مختلفة، ففي بعض الأحيان صادر من البنك عن طريق كتاب موقع لصالح طرف ثانٍ وهو "المستفيد"، أو عقد مسـتقل، أو التوقيع على ورقة تجارية يدخل البنك بصفة ضامن احتياطي أو أولي حسب الصياغة التي صدرت فيها الكفالة، وتختلف كل كفالة باختلاف العملية والأطراف.

ويذكر الأستاذ/ الياس ناصيف³ - "ويختلف أهمية كتاب الضمان، تجاه الدائن، باختلاف التعهدات التي يلتزم بها البنك في هذا الكتاب، الذي لا يمثل ضماناً قوياً إلا إذا تضمن التزاماً نهائياً ومستقلاً عن جميع العلاقات السابقة بين العميل ودائنه، أو بين البنك وعميله. كما هو الأمر في التزام البنك تجاه البائع المستفيد من عميله طالب فتح الاعتماد المستندي. وقد اعتبر القضاء أن

¹ المادة 759 من القانون المدني الكويتي - أنظر الملحق.

² المادة 1075 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

³ الكامل في قانون التجارة - عمليات المصارف - الجزء الثالث صفحة 471.

البنك، في التزامه بكتاب الضمان، إنما يلتزم بصفته أصيلاً تجاه المستفيد لا بصفته نائباً عن عميله¹.

في بعض الدول منها سوريا ولبنان وتايلند وتركيا وغيرها من الدول، هو أن القضاء اعتبر أن الكفالة لا تسقط ضمناً أو استنتاجاً، وتبقى قائمة طالما أن الدين المكفول لم يسدد بالكامل، وأن المعارض لم يتبلغ إشعاراً بإعفائه منها. وتبقى سارية المفعول إذا تبين أن الدين المكفول لم يسقط ولم يحكم ببطلانه. وأن المحكمة ترى، وفقاً لاجتهاد مجلس الشورى اللبناني، أن كفالة البنك للمتعهد تبقى قائمة، حتى انتهاء الالتزام وتصفيته نهائياً². وأما خطاب الضمان لا يبقى قائماً بعد تاريخ انقضاء صلاحيته، حسب نص المادة 386 من قانون التجارة الكويتي "تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان مطالبة بالدفع إلا إذا اتفق بصراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها"، والسبب في ذلك أن خطاب الضمان يعتبر التزاماً مباشراً من البنك المصدر للضمان إلى المستفيد ومن دون أن يكون هناك عقداً بين طرفيه، خلاف الكفالة التي تستمد روحها من العقد المتفق عليه بين طرفين ثم يدخل البنك ثالثاً حسب ترتيب الكفالة.

ويضيف الأستاذ/ الياس ناصيف "إن الكفالة تبقى قائمة، رغم تأخر الإدارة في الاستلام النهائي، بسبب عدم انجاز الأشغال، أو لأسباب أخرى، طالما أن الإدارة لم تبلغ الكافل إشعاراً بإعفائها منها، وأن الالتزام لم يصف بعد بصورة نهائية بموجب كشف نهائي. وإن تذرّع البنك المعارض بتدهور حالة المتعهدين المكفولين المالية، وتفاقم الأضرار والنواقص المدعى وجودها في المشروع الملزم، لا يؤثر على علاقة البنك الكاملة بالدولة"³.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية، إن أحكام المادة 1061 موجبات وعقود، إذ تستلزم قبول الكفالة على وجه صريح، فإنه يحق للكفيل، الذي عرض كفالته على الدائن بأن يرجع عنها، ما دام هذا الأخير لم يقدم على التصريح بقبولها. كما أنها تقفل بوجهه جواز سحب عرضه فور قبول الدائن على وجه صريح. وإذا تبين لمحكمة التمييز، من متدرجات القرار المميز، أن

¹ ويلتزم البنك بصفته أصيلاً تجاه المستفيد في خطاب الضمان - المؤلف.

² راجع الكامل في قانون التجارة - عمليات المصارف - الجزء الثالث صفحة 471 للأستاذ/ الياس ناصيف.

³ محكمة بداية بيروت - الغرفة الخامسة تساريخ 1973/1/26 - دعوى بنك كونتيننتال الإنماء/ الدولة اللبنانية - الأستاذ/ الياس ناصيف - الكامل في قانون التجارة.

المميز عليهما عرضا كفالتها، ولم يرجعا عن عرضهما هذا وأبقياه قائما الى حين المطالبة إليهما من جانب الدائن بنكو دي روما، بأن يقوموا بالموجب الذي يتضمنه عرضهما. وحيث أن هذه المطالبة الثابتة حصولها بالقرار المميز، إنما هي وجه من وجوه القبول الصريح المستلزم، بموجب المادة 1061 موجبات وعقود، الذي يؤدي الى انعقاد عقد الكفالة بين البنك المذكور وبين الكفيلين والى جعلها ملزمة لهما مقفلا بوجههما إمكانية الرجوع عنها.

وبما أن القرار المميز، لم يأخذ بتنفيذ الكفالة، رغم كون هذه المطالبة تشكل، بحد ذاتها، قبولا صريحا للعرض القائم، يكون قد أساء تفسير وتطبيق أحكام المادة 1061 موجبات وعقود، وبالتالي، استأهل النقض¹.

ويضيف الأستاذ/ ناصيف ... ولا بد من تعيين المكان الذي أعطيت فيه الكفالة، لذلك قررت محكمة التمييز التجارية الفرنسية، بتاريخ 1972/1/11، إن التكفل بعقد مستقل الذي لا يذكر المحل الذي أعطي فيه، يعتبر باطلا (المادة 130 فقرة 3). وإن قضاة الأساس كانوا قد اعتبروا، أن هذه القاعدة الشكلية ليست ضرورية، لأن جميع من يهمهم الأمر هم فرنسيون، ومقيمون في فرنسا، ولكن هذا التعليل هو حتما خاطئ، لأن المشرع الفرنسي، بتطبيقه معاهدة جنيف، يحدد الشكل البنكي بطريقة واحدة، دون تمييز بين السندات الداخلية والسندات التي تحمل طابعا دوليا².

كان هذا الرأي اللبناني في الكفالات والذي يشابهه إلى حد كبير السوري والتركي وغيره.

وأما بالنسبة للفرنسيين والإنجليز والكويتيين وكثير من الدول فإن صياغة الكفالة ومحتوياتها هي التي تحدد المسؤوليات، وكذلك الحال في لبنان وسوريا ولكن خالفت لبنان وسوريا وكثير من الدول الأسلوب المتبع في خطابات الضمان، لعدم وجود قانون ينظم كيفية التعامل في خطاب الضمان.

لذا يستحسن إيجاد قواعد وأطر يتفق عليها أطراف الكفالة أو الضمان للعمل بموجبه. فهناك "قواعد الاعتمادات الضمانية الدولية" المنشورة رقم 590 لغرفة التجارة الدولية و "اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة" والتي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون

¹ محكمة التمييز المدنية الأولى 1972/4/27 دعوى بنكو دي روما/ عويضة - الأستاذ الياس ناصيف - الكامل في قانون التجارة.

² مجلة القانون التجاري الفصلية - تموز 1972

التجاري الدولي UNCITRAL ووضعها متاحة أمام الدول الأعضاء في اللجنة الدولية للانضمام إليها حتى تاريخ 1997/12/11 دون إبداء أي تحفظات عليها وذلك وفقا لنص المادة 27 من الاتفاقية¹.

صياغة الكفالات:

1- المصطلحات والمسميات

قد تسبب المصطلحات والمسميات مخاطر أكيدة على المصدر أو الأمر على حد سواء، فعند استخدام أي منها تعابير مثل سند ضمانة تنفيذ العقد Performance Bond، أو كفالة تحت الطلب Demand Guarantee، أو كفالة الطلب الأول First Demand Guarantee، والكثير من المسميات التي تتعلق بالألقاب والمسميات أيا كان نوعها والتي تخص تلك التعابير دون التمييز الوظيفي والأساسي للطبيعة القانونية في المصطلح الموجود في المستند أو الصياغة في متن الضمان.

ويمكن تفادي وتجنب هذا الوضع إذا استطعنا التمييز بين الكفالة الواجبة الدفع مقابل المستندات عند تقديم مستندات محددة إلى البنك، والأخرى التي ليست واجبة الدفع إلى حين عجز الطرف المكفول - وهو الأمر - عن تنفيذ العقد والتي أسميناها كفالة الإنجاز Performance Bond. وتجدر الإشارة بأن "خطاب ضمان اعتماد" للاسم المستخدم في القواعد الموحدة لخطابات الضمان²، ما هو إلا خطاب اعتماد، حيث يعتبر هذا الاسم ملائما لأن البنك يقوم بالدفع مقابل طلب كتابي يترافق مع مستندات أخرى ينص عليها خطاب الاعتماد كما تتطلب الحالة. فالأخير يطلق عليه كفالة شرطية Conditional Guarantee لوجود شروط يتوجب على المستفيد تحقيقها مثل تقديم مستند "التعويض عن الضرر" لعقد شراء أو عقد مقاوله لم ينفذ من قبل الأمر "طالب إصدار الضمان".

1 انضمت دولة الكويت للاتفاقية في نوفمبر سنة 1998 وللمؤلف بحث خاص بهذا الخصوص نشرته جريدة القبس في صفحة الاقتصاد والمال في عددها الصادر بتاريخ 1996/9/23 - العدد 8353 حيث اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية بتاريخ 1995/12/11 .

2 غرفة التجارة الدولية - باريس - النشرة 548 - الصادر في إبريل سنة 1992

ولكن الحال ليس كذلك في خطابات الضمان Demand Guarantees لأنها أداة غير إشتراكية الى جانب كونها عقد مباشر بين البنك والمستفيد ولها استقلاليته عن العقد التي بسببها صدر خطاب الضمان.

ويتحد الاعتماد المستندي الخاضع للقوانين التجارية المطبقة في الدول المختلفة مع خطابات الضمان، فإذا ما راجعنا المادة 367 من قانون التجارة الكويتي¹ بخصوص الاعتمادات المستندية والتي تذكر: "ويعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه. ويبقى البنك أجنبياً عن العقد"، فهذا الركن القانوني يتطابق مع روح الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية². فتذكر المادة الثالثة - الفقرة أ - "الاعتمادات بطبيعتها هي عمليات منفصلة عن عقد البيع/ عقود البيع أو غيرها من العقود التي قد تستند إليها، ولا تكون البنوك بأي حال معنية أو ملتزمة بمثل هذا العقد/ العقود حتى لو تضمن الاعتماد أي إشارة إليها مهما كانت هذه الإشارة". وكذلك الحال بالنسبة للمادة 382 من قانون التجارة الكويتي بالنسبة لخطاب الضمان، حيث نصت بأن التزام البنك في خطاب الضمان "دون قيد أو شرط"³، إلى جانب ذلك أن القانون المشار إليه قد أبعد البنك المصدر لخطاب الضمان من أي نزاع قد ينشأ بين الأطراف بنص المادة 385 "لا يجوز للبنك رفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالآمر أو علاقة الأمر بالمستفيد".

ومرة أخرى، تعتمد المصطلحات في القواعد الموحدة لخطابات الضمان لغرفة التجارة الدولية لأجل وحدتها وتكاملها، فيشار الى البنك المصدر لاعتماد الضمان أو خطاب الضمان "بالبنك المصدر"، ويشار الى الطرف الذي بناء على طلبه أصدر اعتماد الضمان أو خطاب الضمان "بالآمر"، و يشار الى الطرف الذي أصدر اعتماد الضمان أو خطاب الضمان لمصلحته "بالمستفيد".

1 الفقرة الثانية من المادة 367 - والنص مأخوذ من قانون جنيف.

2 النشرة رقم 500 لغرفة التجارة الدولية.

3 راجع الملحق - المادة.

2- الكفالات الاشتراطية

بموجب القانون الإنجليزي تعتبر الكفالات الاشتراطية بأنها عقد متداخل للعقد الذي نص على المسؤولية الأساسية المضمونة أو المكفولة¹. وهناك صفتان هامتان بهذا الخصوص، الأولى: قضية أو دعوى مرفوعة على الكفالة حيث يوجد في طلب الدفع إثبات حقيقة المديونية للطرف المكفول، وللأمر الحق في استخدام كافة أنواع الدفوع المتوفرة لديه إذا لم ير بأحقية المستفيد بسحب المبلغ. ثانياً: بصفتها كفالة، فلدى الكفيل (الأمر والمصدر) موقف أفضل في القانون الإنجليزي، فقد ينتج عن إبرائه من مجموعة من الأحداث قد لا يتوقعها المستفيد في الكفالة أو يقصدها بشكل طبيعي. وعلى سبيل المثال: فقد يتم إبرائه الكفالة - أي زمة الكفيل المصدر للكفالة وبالتالي الأمر - بأي تغيير لبنود العقد المبرم من المدين الأساسي، وقد يلحق الأذى بالكفالة والتي تحدث دون موافقة الكفيل وتشمل اتفاق يمنح المدين وقتاً إضافياً.

3- خطابات الضمان

طبقاً للتحليل التقليدي، تعتبر الكفالة التزام ثانوي Secondary Obligation يرد على إخلال بالالتزام الأولي Breach of the Prime Liability في العقود التجارية، فعلى سبيل المثال: اتفاقية إقراض. فقد يبدو خطاب الضمان بشكل سطحي قريب من الكفالة التقليدية أكثر من كونه قريباً من اعتماد مستندي.

وبشكل عام وكما شرحنا سابقاً بإسهاب - فخطاب الضمان هو التزام ثانوي يصبح نافذ المفعول عند الإخلال بالالتزام الأولي، في حين أن خطاب الاعتماد المستندي يعتبر وسيلة أولية يحصل المشتري بمقتضاه على المبلغ، وليس كسند احتياطي يكون قابلاً للدفع إذا عجز البائع عن الدفع.

إن خطاب الضمان الذي ينسجم ويتوافق مع القواعد الموحدة لخطابات الضمان يعتبر في معظم النواحي شبيه بـ خطاب الاعتماد المستندي وليس

¹ وكذلك الحال بالنسبة لقوانين دول مثل لبنان وسوريا وتركيا وتجدر الإشارة بأن هذه الدول تعترف بخطابات الضمان وطرق دفعها دون وجود قوانين تنظمها، حيث يدفع المبلغ دون قيد أو شرط إذا نصت على ذلك و/أو إذا لم يوجد في النص ما يعيق البنك دفع المبلغ دون شرط.

مشابها للكفالة من هذا المدخل. ويذكر البروفيسور "جود"¹ "في أساسياتها تشترك خطابات الضمان بكثير من المواصفات مع الاعتماد المستندي"، ويصف تسعة مبادئ أساسية وجوهرية لمقولته، نشرح اثنين منها وهما:

أ- استقلالية الكفالة في الصفقة الماثلة: تعتبر الحقوق والالتزامات التي تولدها الكفالة مستقلة عن تلك التي تنشأ عن العقد الماثل والذي يكون الكفيل ليس معنيا. وكذلك الحال فإن استقلالية الكفالة ليست كاملة في حالات التحايل من طرف المستفيد وتحرمه من المبلغ.

ب- كفالة الاعتماد المستندي: الكفيل هنا ليس معنيا بالحقائق الخارجية مثل حقيقة عجز الأمر أو مقدار الخسائر التي تكبدها المستفيد.

لذا، يختلف خطاب الضمان اختلافا جذريا عن الكفالة في السياق التقليدي للمعنى لكونها:

أ- تعهدا بالدفع مقابل المستندات،

ب- مستقلة بذاتها - ومثالا عليه فإن استقلاليته عن العقد لا تعتمد على سريان مفعول العقد والذي بسببه صدر الاعتماد.

لذلك فمن الجدير بالملاحظة بأنه لا يوجد في القواعد الموحدة لخطابات الضمان أو آراء البروفيسور جود دليلا واضحا وصريحا من القواعد الدولية بأن دفاع الكفالة لا يطبق على خطاب الضمان - إلا ما نصت عليها القوانين في الكثير من الدول، مثل فرنسا والكويت ومصر والإمارات والعراق، وغيرها من الدول، والتي تتجانس قوانينها بالنسبة لخطابات الضمان بالمادة 385 من القانون التجاري الكويتي - وعلى كل الأحوال يبدو من غير المحتمل أن تسمح المحاكم الإنجليزية أو غيرها بتلك الدفع من قبل بنك قام بإصدار خطاب الضمان يخضع للقواعد الموحدة لخطابات الضمان.

وتذكر المادة (2-b) من القواعد ذاتها "أن واجب الكفيل بموجب الكفالة هو دفع المبلغ أو المبالغ المذكورة في الكفالة، عند تقديم طلب كتابي بالدفع

¹ ندوة الكفالات الدولية القانونية - لندن 1995 - Euromoney Legal Training

ومستندات أخرى محددة في الكفالة والتي تبدو في ظاهرها متطابقة مع بنود الكفالة¹.

وبين حكم للقاضي سكوت²، أن المحاكم الإنجليزية مثل نظائرها الأمريكية غير راغبة في استخدام كفالات التعويض Remunerated Sureties كدفاع عن الكفالة، ولذلك فلا يزال هناك عدم ثقة كافية لضمان إدخال إفادة موجزة بشكل خاص إذا كانت في وجهة نظر المستفيد "بأن هذه الكفالة تشكل التزام مطلق ورئيسي بالدفع مقابل المستندات وليس مقابل تعهد كفالة".

4- الكفالة المشروطة

وهنا يطرح السؤال، ما إذا كنا نستطيع تصنيف المستند موضوع السؤال بأنه خطاب ضمان أو كفالة مشروطة. ويعتبر هذا السؤال سؤالاً نظرياً، حيث تعتمد الأسئلة مثل ما إذا كان مطلوب من البنك المصدر أن يدفع بشكل منفرد استناداً على المستندات التي قدمت إليه، أو أن يدفع مقابل عجز في تنفيذ العقد المائل، وعلى أي تصنيف تقع تحته المستندات ذات الصلة.

وقد تم مناقشة هذه المسألة في عدد كبير من القضايا المتأخرة التي عرضت أمام المحاكم الإنجليزية، حيث اعتمد القضاة بشكل دائم على مراجعة صياغة التعهد الصادر من البنك كنقطة أساسية لانطلاقهم في البت في أحكامهم، فقد أكدوا بأن مهمة المحكمة تفسير كل ضمان حسب أحكامه وشروطه وطبقاً لأحكامه، وقد ذكر هذا المفهوم بشكل واضح في قضية IE PRINCIPALS v. LLOYDS BANK PLC³ حيث ذكر:

"إن المفهوم الأول الذي اعتمدته القضايا هو تشابه سند كفالة ضمانات تنفيذ العقد Performance Bond لخطاب الاعتماد المستندي Documentary Letter of Credit بغيره، ووجد بشكل عام بأنه يشترط على تقديم مستند أو

¹ "The duty of a Guarantee under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee"- Article No. 2(b) International Chamber of Commerce Publication No. 458.

² Lord Justice "Scott" - Euromoney Legal Training.

³ Euromoney Legal Training

أكثر عوضاً عن الوجود الفعلي للحقائق التي تؤكدتها تلك المستندات. فإذا تطلب خطاب الاعتماد المستندي أو الكفالة مستنداً يؤكد شحن البضائع أو أن عقداً قد تم نقضه، وإذا تم تقديم ذلك المستند وجب على البنك القيام بالدفع. وليس من المهم أن نشير بعدم صحة المستند أو عدم شحن البضاعة أو عدم نقض العقد، والاستثناء الوحيد هو الشيء الذي أطلقنا عليه "بالتحايل الواضح أو المتعمد The Obvious Fraud". وخلص القاضي بأن هناك تحيزاً أو قرينة لصالح الصياغة والتي تبقى "كفالة الضمان تنفيذ العقد" أن يكون مشروطاً بالوفاء عند تقديم المستند أكثر من الحقيقة بعدم رد القرينة إذا كان المعنى بسيطاً وواضحاً.

والخلاصة، عندما تذكر الكفالة أو السند بأن واجب الدفع عند الطلب بواسطة بنك أو مؤسسة مالية أخرى، عندئذ، في غياب الجمل الواضحة التي تشير بموجبها إلى المسؤولية التي تتحقق على الأمر شروطه عند وجود المسؤولية في الكفالة الماثلة، ويجب أن تفسر الكفالة بأنها تخول المستفيد منها بالمبلغ مقابل المطالبة التي يقدمها بشرط صياغتها بالشكل المطلوب وترافق المستندات الأخرى الموائمة مع ما تطلبته الكفالة.

5- أسس المطالبات في الوفاء بالدفع

وتتبع ذلك مسألة حساسة ترافقت مع خطابات الضمان، وهي طبيعة الأحداث أو المستندات مقابل المبلغ الذي يجب دفعه بموجب الخطاب وهذا إما أن نصفه بأنه طيف يتحرك من الموقف الأكثر تفضيلاً بالنسبة للبائع "الأمر"، إلى الأكثر تفضيلاً بالنسبة إلى المشتري "صاحب العمل" - كالاتي:

أ- الأفضل بالنسبة إلى البائع/الأمر:

- إثبات المسؤولية بموجب الكفالة المزعومة بشكل تام،
- حكم أو حكم تحكيمي لصالح المشتري أو صاحب العمل ضد البائع،
- شهادة طرف ثالث (مستقل)، مثل مهندس تم تعيينه حسب شروط العقد الهندسي أو الإنشائي،
- إفادة رسمية أو شهادة صادرة من قبل المشتري أو صاحب العمل تفيد بوقوع العجز Default و/أو المبلغ المطلوب قد استحق،

• المطالبة البسيطة أو العادية من صاحب العمل.

ب- الأفضل بالنسبة إلى المستفيد:

وبشكل واضح تزداد أو تتناقص الخطورة على الأمر طبقاً لمواصفات الحدث أو المستند مقابل المبلغ الذي سيدفعه البنك المصدر.

وقد يكون البنك المصدر حيادياً بهذه المسألة، فالاهتمام الأول بالنسبة له - كما ذكرنا سابقاً - هو الاستقرار والتأكيد حتى يكون على علم متى يطلب منه القيام بالدفع من عدمه. ومن الضروري بالنسبة إلى البنك المصدر أن لا يضع نفسه في النهاية في الوسط يحكم بين المستفيد الذي قام بتقديم مطالبته بدفع مبلغ الكفالة وبين الأمر الذي يرغب برفض المطالبة، ومثالنا عليه، إذا ادعى الأمر بتحايل المستفيد، الذي لا يمكن تجنبه. ولذلك عند غياب التحايل، فإن البنك المصدر في التأكد من عدم وجود أي غموض أو التباس في الأسس المستندية للمطالبة، وبالأخص يجب عليه أن يتأكد بأن ليس هنالك شروط مستندية مطلوبة عند إصدار الكفالة أو خطاب الضمان.

6- المطالبات التعسفية

عندما يأتي لعلم الأمر بأنه معرض لمخاطرة المطالبات التعسفية من قبل المستفيد، فإنه يصبح من أولوياته حماية نفسه بالطرق المتاحة قبل إصدار الضمان وذلك بأفضل ما لديه من قدرة ضاغطة عند إبرام العقد - أي قبل إصدار الضمان - وفي هذا السياق يجب ملاحظة النقاط التالية:

أ - من وجهة نظر الأمر يكون في عدم تجاهل أهمية كيفية تداول الضمان المطلوب بموجب العقد، وأن يتأكد بأن المستندات المطلوبة من المستفيد من الضمان عند إقامة مطالبته هي شيء يمكن أن يفاوض عليه ولصالحه. وتكون الأطراف في موقف أقوى عند المفاوضات الأولية، وهذا ما سينتج عنه بشكل طبيعي إدخال مستند يعتمد على تكامل طرف معايين النوعية أو المكتب الاستشاري الهندسي والذي تم تعيينه بموجب العقد، ويجب علينا أننتنكر جيداً بأن هؤلاء قد يتجهون إلى تفضيل صاحب العمل إن كان تعيينهم قد تم بواسطة.

ب- يجب على الأمر إعطاء أهمية كبيرة إلى صياغة الكفالة حتى لو كانت تتضمن كلمات مثل "الدفع عند أول طلب Payment on First

Demand"، فقد يكون قادرا على إقحام جمل في صلب الكفالة تحدد بوضوح أسس المطالبات التي قد يقدمها المستفيد.

ج- على الأمر أن يبذل قصارى جهده منذ البداية بأن يشترط على سبيل المثال، بأن الكفالة تصبح سارية المفعول عند تحقق هدف ما ومحدد، بأن الكفالة تصبح سارية المفعول إذا قام المستفيد بإصدار اعتماد مستندي مقبول الشروط بالنسبة للأمر". فإذا حذفنا "مقبول الشروط بالنسبة للأمر" من الجملة، فقد تصبح الكفالة سارية المفعول تلقائيا عند إصدار اعتماد مستندي فيه شروط قاهرة لن يستطيع الأمر في الكفالة - وهو المستفيد من الاعتماد المستندي - تقديم مستنداته حسب شروط الاعتماد المستندي، وبالتالي يصبح الاعتماد المستندي والعدم سواء.

د- أن يحسن الأمر موقفه إذا نص بصلب الكفالة بأن تكون خاضعة لقواعد اعتمادات الضمان رقم 590 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (كما سنشرحها لاحقا)¹، بأن يحتوي كتاب المطالبة بالدفع مستندات أخرى، مثل إفادة من قبل مكتب استشاري محايد يقر بصحة ادعاءات المستفيد من الضمان في إخلال الأمر بالالتزامات التعاقدية مع شرح نقاط الإخلال لإقحلم البنك المصدر لاعتماد الضمان في دراسة المستندات بعناية فائقة.

هـ- وبشكل مشابه، يجب على الأمر المحاولة باستمرار التأكيد على تاريخ انتهاء سريان مفعول الكفالة بشكل سليم. وفي حالات كون الكفالة صادرة من قبل بنك في بلد آخر، فإنه يفضل إلزاما الحصول على استشارة قانونية في كيفية رؤية ذلك البلد بتاريخ انتهاء سريان المفعول والتي بموجبها تنتهي الكفالة وتسقط الالتزامات فيها، وعلينا أن نتذكر بأن حينما يقترب موعد انتهاء سريان مفعول الكفالة فإن المستفيد الحاسم قد يطلب تمديد مهددا بالمطالبة إذا لم يتم الامتثال لطلباته.

و- وقد يضم الأمر شرط إلغاء الكفالة عند تقديم شهادة تثبت بأنه قد أنجز العقد بشكل كامل من قبل شرط محايد. وهذا يكون شرط غير متعارف عليه في خطابات الضمان، والوحيد الذي يمكن إنجازه إذا كان ميزان قوة المبايعه لصالح الأمر.

¹ هناك فصل خاص باعتمادات الضمان - أنظر محتوى الكتاب. وكذلك الحال إذا وضع الكفالة خاضعة للقواعد الموحدة لخطابات الضمان - منشور غرفة التجارة الدولية رقم 548.

وعلى الرغم من ذلك، وكما لاحظنا آنفاً، فإن خطورة المطالبات التعسفية والمجحفة هي قضية رئيسية بالنسبة للأمر على اعتباره الطرف الملزم بتعويض البنك المصدر للكفالة (أو الضمان أو اعتماد الضمان أو خطاب الضمان، مهما كانت التسمية) في النهاية بموجب التزامه والتي بسببها أصدر الضمان. فإذا كانت هناك مطالبة بموجب الكفالة ينازع به الأمر، فقد يكون البنك المصدر عرضة للأمر القضائي بإيقاف الدفع (الأمر الزجري) والذي بموجبه قد يجر البنك أو الأطراف الأخرى إلى مقاضاة غالية ومستهلكة للوقت. وهناك أيضاً التأثير المحتمل على موقف الاعتماد الخاص بعميل البنك سببه مشاكل بالعقد المائل والذي تكون فيه المطالبة التعسفية عارضة له.

7- طلب إصدار الضمان

والعامل ذو الأهمية الحيوية في حماية البنك المصدر لاعتماد الضمان أو الكفالة أو خطاب الضمان لحفظ حقه بالتعويض من الأمر بموجب الصلاحية التي منحها للبنك بقيد قيمة المطالبات على حساب الأمر، وهذا ما يمكن تضمينه في نموذج طلب إصدار الضمان والذي يتضمن شروطاً متعددة منها:

أ- صلاحية البنك بأن يقوم بدفع كافة السحوبات في اعتماد الضمان وقيد قيمتها على حساب الأمر.

ب- تعويض البنك ضد كافة الخسائر والتكاليف والنفقات والتبعات التي يتكبدها البنك بسبب إصدار الضمان.

فيقوم البنك بوضع مسودة بنود التعويض المطلوب من الأمر في طلب إصدار الضمان أيا كان نوعه وبشكل خاص يتطلب على الأمر التوقيع على الطلب الذي يتضمن تعويض البنك في حالة المطالبات.

ولذلك فإن النموذج الذي وقعه Edward Owen Engineering v. Barclays Bank International Limited كان بموجب البنود والشروط التالية:

"كتعويض عن إصداركم بواسطة Barclays Bank كفالة تتضمن بنوداً مثل بنود النسخ المرفقة مع هذا المستند نوافق على إيقائكم معوضين و..... نفوضكم بشكل غير قابل للنقض أن تقوموا بدفع أي مبلغ والالتزام بأي

طلب تتم المطالبة به بموجب الكفالة المذكورة، ونوافق بأن أي مبلغ تقومون بدفعه سيكون ملزماً علينا ويكون مقبولا لدينا كحجة نهائية بأنكم مسؤولين بدفع ذلك المبلغ أو الالتزام بذلك الطلب".

من وجهة نظر البنك المصدر، فموقفه بشكل بسيط هو أن الأمر يتعهد لتسديد المبالغ إلى البنك التي كان بها ملزماً يدفعها طبقاً لتعهداته إلى المستفيد، وهذا ما يمكن الأمر للتحقيق ما إذا كان البنك مضطراً لأن يدفع المبلغ الذي كان عليه أن يدفعه بالفعل قبل أن يقوم الأمر بدفع المبلغ للبنك. وهذا ليس مقبولا بالنسبة إلى البنك المصدر، فموقف البنك المصدر من هذه النقطة أكثر تبريراً في حالة اعتماد الضمان أو خطاب اعتماد الضمان أو المساند Performance Standby Letter of Credit لتنفيذ العقود، حيث يكون مجال النزاع أكبر بالنسبة إلى سريان المفعول أو خلافاً لذلك بالنسبة إلى الطلب.

والحجة المقابلة التي قد توضع أمام الأمر نيابة عن البنك المصدر هو بأنه لا يجب أن يكون مركز اهتمام الأمر على شكل التعويض والذي طلب بأن يعطيه إلى البنك المصدر، ولكن يجب أن يكون اهتمامه مرتكزاً ومركزاً على نص الضمان بذاته لكي يؤكد الأمر بأن المستند يحتوي على بنود مقنعة بشكل معقول. والذي يحصل غالباً هو تجاهل الكثير من العملاء من هذه النقطة عند تعاملهم مع نص خطاب الضمان كشيء مسلماً به، وبشكل خالص عندما يتعاملون مع أصحاب شركات خارجية تمتلكها الدول، وبعد ذلك يحاولون استعادة ذلك الموقف عندما ينظرون إلى المستندات مع البنك المصدر.

ويوضح حكم لمحكمة الاستئناف في قضية Gulf Bank (Kuwait) v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd. (Japan) الحرص والانتباه الشديد الذي يجب أن يأخذهما كل من البنك المصدر والعميل عند إبرام ضمان مقابل Counter Guarantee، حيث أصدر بنك الخليج¹ (دولة الكويت) بموجب عقد إنجاز في عام 1989 تعهدت بمقتضاه ميتسوبيشي اليابانية لتوريد معدات توليد الطاقة الكهربائية إلى وزارة الكهرباء والماء الكويتية، وتطلب من الشركة

¹ عمل المؤلف لدى بنك الخليج من فبراير 1986 لغاية سبتمبر 1997 وكانت هذه إحدى القضايا المهمة التي عاصرها أثناء خدمته في ذلك البنك فقد بلغ قيمة النزاع حوالي أربعين مليون دينار كويتي - أي ما يعادل 130 مليون دولار أمريكي 2 (1994) No. 2.LLR.

اليابانية أن تقدم للوزارة خطاب ضمان لصالحها لتضمن قيمة الدفعة المقدمة. وبالطريقة المعتادة لهذه النوعية من المعاملات، وافق بنك الخليج أن يصدر خطاب ضمان بقيمة الدفعة المقدمة يحكمها القانون الإنجليزي والاختصاص القضائي الإنجليزي والذي نص على أن "تتعهد ميتسوبيشي بأن تقوم بتعويض بنك الخليج وأن تبقى معوضاً ضد أي وكافة المطالبات والذمم والتبعات والتي قد يدفعها البنك بموجب خطاب الضمان، وإن التزامنا لن يبدأ أو يتناقص بأي طريقة كانت بواسطة تغيير أو تعديل أي ضمان أو بأي بطلان كلي أو جزئي لها أو عدم شرعيتها أو عدم سريان مفعولها".

وتقرر أنه على الرغم من العقد المائل وكفالة المبلغ المسبق يحكم كلاهما القانون الكويتي قد تم قبولهما على انعدام أي مفعول قانوني لهما بعد الغزو العراقي للكويت في 2/8/1990، وبناء على القرار الذي اتخذته حكومة دولة الكويت في المنفى¹ في بطلان وإلغاء كافة العقود وإنهائها بشكل تلقائي. فإن التعويض المقابل قد يعطي النفاذ ضد الشركة اليابانية. كانت هذه القضية بسبب الصيغة المذكورة أعلاه والتي قصد منها بأن يتطلب بنك الخليج بأن يقوم بالدفع بموجب كفالة المبلغ المسبق "عند الطلب وبدون أي اعتراض" وكان ذلك بوضوح غرض الاتفاقية بأن يحجب أي نزاع أو حوار أو جدل حول الاختيار القانوني وسريان مفعول الكفالة عندما يثار موضوع الدفع بموجب الكفالة أو التسديد بموجب التعويض المقابل.

وبناء على ذلك أكدت القضية بأنه يجب على البنوك الحاصلة على تعويض مقابل من عملاتها في ظروف عندما تتم المسألة القانونية أو سريان مفعول الصفقة المائلة. أن تضمن أو تتأكد ولو بشكل نظري بأن الشروط المشابهة لتلك الشروط المستخدمة في التعويض المقابل لبنك الخليج Counter Guarantee، قد أدخلت في مستنداتهم لإعطائهم أعلى حد من الحماية الممكنة وبشكل مقابل يجب على الأشخاص الذين في موقف العميل أن يدركوا النتائج التي قد تنتج من تضمين تلك الشروط في المستندات، وإذا كانوا يناصرون الرأي بأن الوثائق المتضمنة لتلك الشروط لا تعكس الصفقة التجارية الحقيقية، فعليهم مفاوضة أو إعادة صياغة المستندات.

¹ بكرم العطاء المعهود استضافت المملكة العربية السعودية أميراً وشعباً وحكومة دولة الكويت أثناء المحنة في أراضيها، الأمر الذي أدى إلى اختيار الحكومة الكويتية مدينة الطائف مقراً لها في المملكة العربية السعودية.

وللتوضيح أكثر نعرض صياغة عقد الضمان الموقع من قبل الشركة اليابانية والذي بموجبه أصدر بنك الخليج خطاب الضمان باللغة الأصلية:

“We (Mitsubishi) undertake to indemnify and keep indemnified, the Bank (The Gulf Bank) against any and all claims, demands, liabilities which may be made of the bank Under the (advance payment) guarantee “and that” our obligation shall not be in any way discharged or diminished By any variation or amendment to any guarantee or by any total or particle invalidity, illegality or unenforceability thereof”.

8- العلاقات التعاقدية - تسلسل التعويض

وبعيدا عن العلاقة بين الأمر والبنك المصدر، ننظر إلى العلاقة بين البنك المصدر والمستفيد - أو عندما يتطلب وجود بنك واحد - فالعلاقات تكون نزيهة ومستقيمة بشكل معقول. فالأمر سيجري الترتيبات البنكية لتوفير خطاب الضمان أو الكفالة أو اعتماد الضمان أيا كان تسميته لصالح المستفيد بالشروط والبنود التي تعاقدها مع المستفيد. لذلك، فليس من الغرابة اشتراك أكثر من بنك واحد في حساب بنك الطرف الأول في بلده، والثاني في بلد المستفيد والذي سيصدر التعليمات للبنك الأول لإصدار الضمان لصالح المستفيد، وعلى سبيل المثال في حالة إذا كان المستفيد في لبنان" وصرحت السلطات اللبنانية أن البنوك المدرجة على اللائحة الخاصة هي المؤهلة لإصدار الضمانات، في هذه الحالات، فالبنك المصدر للضمان إلى المستفيد سيتلقى بدوره تعويضا من بنك الأمر والذي يتلقى منه التعليمات ويحدث أن يشترك بنك ثالث يقوم بمقام بنك وسيط بين بنك الأمر والبنك المصدر للضمان.

وبناء على ذلك تتولد سلسلة من التعويضات، تمتد من البنك الذي قام بإصدار الكفالة العملية لصالح المستفيد إلى البنوك الأخرى في السلسلة ينتهي في الأخير مع الأمر. ومن الأساس أن بنود تلك التعويضات تعكس كل واحد منها وبشكل خاص، فالبنك المصدر ليس مفوضا إلى أي نوع من المخاطر بموجب تفويضه سواء كان بسبب مقدار مبلغ الأموال أو الفترة أو غير ذلك والتي ليست مغطاة بشكل كامل بواسطة التعويض الذي قبله، وبشكل مشابه يجب أن تنص المستندات على أنه إذا دفع البنك التعويض فالبنك المعوض

ملزم أن يسد هذا التعويض دون أي نقاش بأن البنك الأسبق لم يكن مضطرا للدفع ولم يتوجب عليه أن يدفع.

وبالطبع في الحالات الاعتيادية عبر الحدود والتي تتوالد لديها تلك البنى تنشأ مشاكل قانونية صعبة ومعقدة، فعلى سبيل المثال بينما ينصح المحامي الإنجليزي أن الضمان والالتزام يجب أن يحكم بنص القانون الإنجليزي، فمن الشائع أن نجد أن البنك في بلد المستفيد الذي قام بإصدار الكفالة السارية المفعول أن يتطلب قانونا محليا ليحكم ذلك المستفيد ويكون ذلك مطلباً غير قابل للتفاوض وشيئا يتقبله كافة الأطراف ولكنه سيعطي احتمالات لنشوء بعض المشاكل في البنود لتتازع بين القوانين المختارة، وتشمل الأسئلة التي قد تنشأ من درجة اعتماد بلد المستفيد لتواريخ انتهاء سريان المفعول.

9- الكفالات المشتركة

يعتبر توحيد تبعات الكفالة المشتركة أكثر تعقيدا من القروض المشتركة، ففي اتفاقية القروض المشتركة، يتعامل الوكيل بشكل مباشر مع المقرض بشكل منفرد في تنظيم وإدارة القرض الذي قامت به مجموعة من البنوك، وبالفعل فكل بنك له علاقته التعاقدية المستقلة مع المقرض ولكن في الظروف الاعتيادية فقد يتعامل مع المقرض فقط من خلال الوكيل.

وحيث تتوفر الكفالة المشتركة بواسطة التوحيد هنالك عدد من الطرق لصياغة وبناء الاتفاقية.

أولا يجوز توحيد ذلك بواسطة كل بنك مشارك في تصدير للكفالة بشكل منفصل ومستقل بحصته في المخاطر الائتمانية من المبلغ الإجمالي. وفي ذلك فائدة، حيث يصبح كل بنك مسؤولا عن حصته وليس عليه أن يأخذ خطورة البنك الآخر (والذي هي حالة في البنية المذكورة أدناه) أما السلبيات فهي إداريا معقدة، ولهذا السبب فهي غير مرغوبة بالنسبة إلى المستفيد، حيث إن المستفيد سيقوم بتقديم مطالبات منفصلة بموجب كل كفالة.

وهناك تعقيد إضافي، حيث من المحتمل أن يكون ذلك مقبولا حتى لو قامت البنوك بإصدار كفالات مستقلة سيكون هنالك بنية وكالة تقوم بتنسيق العلاقات البينة للدائن بمعنى أن المشاركة في تدفق النقد والتصرف بشكل فعلي في حالة حدوث أي مصاعب أو حوادث عجز.

أما البديل الآخر بالنسبة للبنك الواحد، هو، أن يقوم بإصدار كفالة باسمه وبالمبلغ الكامل لتسهيل العملية ثم يبرم ترتيبات تعويضه على أسس متنوعة بين نفسه كمستفيد وبين البنوك الأخرى بصفته ملزمين حسب نسبهم المئوية من إجمالي المخاطرة الائتمانية والتي تحدد بالاتفاق بين الوسيط في عملية إصدار الضمان والبنوك المشاركة، وهذه الترتيبات الأكثر شيوعاً. فمن وجهة نظر المستفيد فإن لديه مزايا أن يتطلب مستنداً واحداً يتم مراجعته من قبل بنك واحد فقط، وأما من وجهة نظر البنك المصدر فإن ذلك يتطلب منه قبول مخاطر الائتمان لكل بنك من البنوك على حدة.

10- الإثراء بدون سبب

للبنك الحق في الرجوع على المستفيد وعكس قيد المبالغ التي قيدت لحسابه دون وجه حق من باب الإثراء بدون سبب. وفي ذلك تقرر المادة 264 من القانون المدني الكويتي "كل من يتسلم ما ليس مستحقاً التزم برده". ويتحقق تسليم غير المستحق، وما يترتب عليه من التزام بالرد، في حالة يتسلم فيها شخص ما ليس مستحقاً له، ويتطلب تسليم غير المستحق توافر شرطين أساسيين هما: تسلم شخص شيئاً ما، وإن يكون هذا التسليم غير مستحق للمسلم¹.

خلاصة القول في الكفالات الصادرة من البنوك:

مما تقدم، تعتبر الكفالة البنكية مختلفة تماماً عن خطابات الضمان التي تدفع دون قيد أو شرط. فالأولى تولد بطبيعة متداخلة حيث تنشأ المسؤولية في الكفالة (أو الكفيل) بشكل اشتراطي عند تأسيس العجز من طرف المتعهد - أي الأمر في الكفالة - بموجب العقد والذي هو موضوع الكفالة ذي الصلة الوثيقة.

فإذا ما حددت الكفالة بشكل واضح وصريح عن حدود الالتزام، فإن قيمة العجز قد يجر الكفيل في الكفالة لدفع مبالغ أكبر من المبلغ المنصوص عليه في الكفالة، ولكن إذا تم صياغة نص الالتزام بطريقة سليمة دون تخطيط

¹ المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب - للدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل أستاذ القانون المدني ورئيس قسم القانون الخاص في كلية الحقوق بجامعة الكويت. راجع كذلك الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني للمؤلف.

في وضع وانتقاء الكلمات فيصبح الكفيل بموجب الكفالة في موقف أفضل، وبهذا ودون الإخلال بحدود الكفالة المالية سواء تم تنفيذ الالتزام في العقد أو عند العجز، فإن المستفيد سيستعيد المبلغ المستحق له رغماً عن إفسار المتعهد (الأمر في الكفالة).

وعليه تكون الكفالة بطبيعتها متصلة بالعقد الأصلي التي صدرت الكفالة بسببه. وهذا بالطبع يختلف اختلافاً كلياً وجوهرياً بالنسبة لخطابات الضمان والتي تعتبر بطبيعتها أجنبية عن العقود التي بسببها أصدرت.

فمطالبات المستفيد بالتعويض بسبب العجز بموجب الكفالة إما:

(1) أن يقوم الكفيل بالدفع أو يفي بأي مطالبة بالأضرار Damages أو التعويض Compensation أو غيرها من المطالبات حسب التسمية.

(2) أو أن يقوم المصدر للكفالة وهو الكفيل بالدفع أو الوفاء بالمطالبة أو على حسب خيار الكفيل بالقيام بأداء وتنفيذ العقد.

وأما بالنسبة للطبيعة المتداخلة في الكفالة، فإن مسؤولية الكفيل تجاه المستفيد بموجب الكفالة متداخلة بشكل لا يقبل الفصل بينها وبين العقد، وعليه تكون مسؤولية الكفيل تجاه المستفيد بموجب الكفالة متداخلة لمسؤولية الأمر إلى المستفيد بموجب العقد وذلك عندما ينشأ العجز، ولهذا السبب أصبح من الواجب أن يكون العقد مشمولاً ضمن الكفالة ويعتبر جزءاً لا يتجزأ منها.

وفي الكفالة، يصبح الكفيل وهو المصدر للكفالة طرفاً في العقد المبرم بين الأمر (المتعهد) والمستفيد (مالك المشروع) من الكفالة، وعليه، فالكفيل و/أو الكفالة لن يكونا أجنبيين من العقد الأساسي. ولهذا السبب فإن كافة الإجراءات في الدفع والإجراءات والمطالبات المعارضة والمطالبات المقابلة والحقوق الأخرى التي قد يرفعها الأمر ضد المستفيد بموجب العقد، ستكون متوفرة كذلك إلى الكفيل المصدر للكفالة بالنيابة عن الأمر وذلك بخصوص أي عجز دون تحديد الدفاع بموجب الكفالة.

إن نفاذ العجز يكون في الكفالات حسب الشروط التي نصت أو تنص عليها، فقد يكون العجز عند إصدار شهادة عجز من قبل طرف ثالث أو إصدار الشهادة من الكفيل بنفسه، أو بواسطة حكم محكمة أو حكم تحكيمي صاحبة الاختصاص أو الولاية القضائية للكفالة Final Judgment, Order or award of a Court or tribunal of Competent jurisdiction.

ومن هنا حفظ حق التقاضي بموجب الكفالة عند اعتراض الكفيل و/أو الأمر لمحكمة ذات الاختصاص محل النزاع الذي ينشأ بموجب العقد أو الكفالة على حد سواء أو مراجعة أي مستند للمطالبة قدمها المستفيد مثل شهادة العجز في التنفيذ موضوع المطالبة.

الفصل الرابع

كفالات الشحن أو النقل

كفالات الشحن:

وقد تصدر البنوك كفالات لصالح شركات الشحن (النقل) أو وكلائها وذلك عند وصول البضاعة لميناء البلد المستورد¹ وقبل وصول بوالص الشحن. فيلجأ المستوردون إلى مطالبة البنوك إصدار كفالة الشحن وذلك مقابل إصدار شركات الشحن البحرية أو وكلائها المعتمدين إذنا لهم باستلام بضائعهم من ميناء التفريغ.

وبموجب كفالة الشحن يتعهد البنك للشركة الناقلة أو وكيلها ببتزويدهم ببوالص الشحن الأصلية بعد تظهيرها لصالحهم - وتعتبر هذه الوكالة لحماية الناقل أو ممثله من جراء المطالبات التي قد تقع على عاتقه في حالة عدم وفاء والتزام المستوردين بالدفع والسداد للمصدرين وتكون هذه النوعية من الكفالات مفتوحة الصلاحية، ويعزى السبب في ذلك - عدم علم أي أحد وقت وصول بوالص الشحن، ولكي لا تسقط التزامات الطرف المصدر للكفالة تبقى مفتوحة الصلاحية.

ولا تبرأ ساحة البنك المصدر لكفالة الشحن إلا بعد إخلاء طرفه من الشركة الناقلة أو وكيلها والتي صدرت الكفالة لصالحه أو إعادة كفالة الشحن إليه.

وقد نظم المشرع الكويتي واللبناني والسوري مدة الالتزام الناشئة عن إصدار كفالات الشحن بطريقة غير مباشرة، حيث جعلها سنة واحدة من تاريخ تفريغ السفينة وذلك حسب نص المادة 163 من قانون التجارة الكويتي والذي يذكر:

" 1- تتقادم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء أو عقد نقل الأشخاص أو عقد الوكالة بالعمولة للنقل ويسري هذا التقادم فيما يتعلق بدعوى المسؤولية من الهلاك الكلي للأشياء من اليوم الذي يجب فيه التسليم، وعن التأخير أو التلف أو الهلاك الجزئي للأشياء من يوم التسليم أو من اليوم الذي وضع فيه الشيء تحت تصرف المرسل إليه.

1- ولا يجوز أن يتمسك بالتقادم من صدر منه خطأ عمدي أو خطأ جسيم.

¹ في بعض الدول توقع البنوك جنبا إلى جنب العميل على كفالة الشحن.

2- ويقع باطلا كل اتفاق على مخالفة الأحكام السابقة.

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة 218 من قانون التجارة البحرية اللبناني بأنه: " يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنة من وصول السفينة حق كل دعوى ناشئة عن تسليم بضائع". وتنص كذلك الفقرة الأخيرة من المادة 218 من قانون التجارة البحرية السوري: " يسقط بالتقادم بعد سنة من وصول السفينة حق كل دعوى ناشئة عن تسليم بضائع".

ولا يحق للمستفيد مطالبة البنك المصدر لكفالة الشحن مجازفة أو تعسفا مثل طريقة المطالبات في خطابات الضمان، حيث يتوجب هنا في حالة المطالبات، تقديم ما يثبت الضرر لكي يعرضه البنك عن الضرر الذي لحق به.

والمشكلة في كفالات الشحن أنها تكون مفتوحة القيمة والمبالغ وأن حددت قيمتها وذلك إذا ما راجعنا صياغتها، حيث تدخل فيها جميع المصاريف بما فيها مصاريف المحاكم والمحامين وغيرها¹.

من المعروف أن الكفالات يمكن أن تصدر بقيمة محددة أو مفتوحة دون تحديد مبلغ معين لها، وفي كلا الحالتين، فإن معناه، أن الكفالة تغطي كامل مبلغ الدين الناجم عن العملية التجارية أو الموجب مضافا إليها كافة المصاريف النثرية والمستحقات الإضافية المرتبطة بالعقد والمصاريف الناشئة عن الملاحقات القضائية.

ويقول البعض: "ويخطئ من يظن أن الكفالة البحرية يمكن أن تسجل بقيمة رمزية - أي بدينار واحد - محاسبيا في سجلات البنك، إذا كانت قد صدرت بسبب عدم وصول بوالص الشحن التي طلبت في الاعتماد المستندي، وذلك منعا لتكرار مبلغ الالتزام على العميل، اعتقادا من البنك بأن المدين سيقوم بتسديد قيمة المستندات التي سترد لاحقا على الاعتماد المستندي. ولا يعتبر عطف رقم الاعتماد المستندي على نص كفالة الشحن تحديد الالتزام بقيمة الاعتماد المستندي". وأنا لست من مؤيدي هذا الوأي إذا كانت كفالة الشحن صادرة لتسهيل الإفراج عن بضاعة إن كانت مشحونة أساسا بموجب الاعتماد المستندي.

¹ أنظر النموذج لكفالة الشحن.

وبعض البنوك توقع عند إصدار كفالة الشحن كطرف ثانوي وليس أولي، أي أن تكون الكفالة صادرة أصلاً من العميل الذي يوقعها أولاً ثم يتلوها توقيع البنك. وأما بعض البنوك توقع كفالات الشحن مباشرة للمستفيد وبهذا يصبح البنك في التوقيع ملتزماً أولاً والعميل لا صفة له أمام المستفيد. وتقتصر علاقة الأمر بالبنك حسب ما نص عليه عقد طلب إصدار كفالة الشحن.

إن الخطر الداهم على كفالات الشحن يكمن أساساً في أن الموجب ليس الاعتماد المستندي، بل هو في الواقع البضاعة سلمت على الكفالة، فلو حدث مثلاً أن جاء شخص آخر مطالباً بالبضاعة على أساس أنه يمتلك ويحمل وثيقة النقل (حاملها) الشرعية فإن البنك الذي منح هذه الكفالة لا يمكن له أن يدعي بدفعة قيمة الاعتماد. بالإضافة إلى ذلك فإن البنك سيضطر إلى التعويض عن الوكالة البحرية بالقيمة الحقيقية المطالب بها والمستحقات الإضافية، وعليه تحرص البنوك على متابعة بوالص الشحن والتي تكون أساساً للوفاء مقابل الاعتماد المستندي، إلى جانب المستندات الأخرى. وإن كان لسبب ما، لم يتسلم البنك المصدر للاعتماد المستندي بوالص الشحن، فعليه حجز المستندات ومتابعة بوالص الشحن. وإن قبل الأمر من خطاب الاعتماد المستندي لذلك الخلاف يكون طلبه مرفوضاً، حيث إن البنك في هذه الحالة قد يصبح تحت رحمة من يحمل بوالص الشحن بسبب إصداره لكفالة الشحن.

المثال رقم 8

نموذج لكفالة الشحن

الأردن في : 1999/5/18

إلى السادة : شركة الملاحة الأردنية الكويتية الأولى
العقبة، الأردن.

تحية طيبة ،

كفالة شحن رقم 6565/99/SH/GTEE اعتماد مستندي رقم:
21966/99 بوليصة الشحن رقم 96 بتاريخ 1999/2/12 الشحن من
البحرين إلى الأردن - ميناء العقبة بواسطة السفينة ابن بطوطة الكمية
والمحتويات 10 صناديق ملابس أطفال.

يرجى إصدار أمر تسليم إلى السادة/ شركة أحمد بن علي وشركاه
ذ.م.م بخصوص البضاعة المذكورة أعلاه بدون استخراج بوليصة الشحن
المتعلقة بها، ومقابل قيامكم بذلك فإننا نتعهد بأن ندفع لكم عند الطلب كافة
أجور الشحن و/أو متوسط الخسائر العامة و/أو متوسط الخسائر الخاصة
و/أو الرسوم المترتبة عليها أيا كان نوعها، وأن نفوضكم عن كافة المطالبات
والطلبات التي قد تقدم ضدكم بخصوص البضاعة المذكورة أعلاه، وأن
ندفع عنكم أي ضرر ناجم عن أية نتائج قد تنشأ من جراء إصداركم لأمر
التسليم هذا والتصرف بموجبه، بما في ذلك الخسائر والأضرار والتكاليف أو
أية مصروفات أخرى قد تدفعونها أو تتحملونها بخصوص أمر التسليم،
شريطة أن لا يكون ذلك نتيجة لخطأ من جانبكم.

كما نتعهد بتسليمكم بوليصة الشحن الأصلية مظهرة أصولا خلال
شهرين من تاريخ هذه الكفالة، وفي حالة اتخاذ أية إجراءات قانونية ضدكم
من حين لآخر بخصوص البضاعة المذكورة، سواء كان ذلك من جانب حامل

بولىصة الشحن أو غيره، فإننا نتعهد بأن نزودكم بالمبالغ الكافية للدفاع عن موقفكم والوفاء بأية مطالبات تثبت صحتها.

ونتعهد أيضا بأن نبليغ مضمون هذا الضمان إلى شركة التأمين المؤمن لديها على هذه البضاعة في حالة تقديم مطالبة ضدهم بخصوص البضاعة تنتهي/ تلغى صلاحية هذه الكفالة تلقائيا لدى إرسالنا لكم النسخة/ النسخ الأصلية من بولىصة / بوالص الشحن المذكورة أعلاه.

تخضع هذه الكفالة لقوانين المملكة الأردنية الهاشمية وتفسر بموجبها، ويخضع أي خلاف ناشئ بشأنها للولاية القضائية للمحاكم الأردنية كما يخضع لنفس الشروط المنصوص عليها في القانون الأردني بخصوص تحديد فترة تقديم المطالبات المبنية على مستندات الشحن.

عن / بنك سوريا والمغرب العربي
فرع شميساني - عمان
المملكة الأردنية الهاشمية

مثال رقم ٩

Kuwait February 26th, 1999

**To: First Kuwaiti Shipping Company
Kuwait**

Dear Sirs,

**Our Shipping guarantee No. 6565/99/SH/GTEE LC NO. 21966/99
Bill of lading No. 96 dated 12/2/1999 Shipment from Bahrain To
Kuwait Per SS/MV IBEN BATOTA Quantity & content 10
CTNS. Children Clothing.**

We would be obliged for your granting delivery order to **M/s Ahmad Bin Ali and Partners W.L.L.** in respect of the above mentioned goods without production of the relative Bill of Lading and in consideration of your so doing we undertake to pay you on demand all freight and/or general and particular average and/ or charges whatsoever thereon and to indemnify you against all claims and/or demands which may be made against you in respect of the above mentioned goods and to hold you harmless from any and all consequences that may arise by your granting such delivery order and acting thereon including losses, damages, costs of any other expense which you may sustain or incur in connection therewith provided you are not at fault.

We further undertake to hand you the original Bill of Lading duly endorsed within two months from the date of this guarantee, and further if any proceedings be instituted against you from time to time in respect of the said goods. Whether by a holder of the Bill of Lading or otherwise, we undertake to provide you with sufficient funds to defend the same and to meet any proved claims.

We further undertake that the underwriters of these goods shall be informed of this indemnity should a claim in respect of these goods be made upon them.

This letter of guarantee shall automatically expire / be cancelled upon our tendering to you original Bill(s) of Lading as specified above.

This guarantee shall be governed by and construed in accordance with the laws of Kuwait and any dispute or difference thereon shall be subject to the jurisdiction of the Kuwait Courts and shall be subject to the same terms relating to the limitation period for claims based on shipping documents under the said law.

**For and on behalf of
First Kuwaiti Bank**

المثال رقم 10

طلب إصدار كفالة شحن

الكويت في 2 / 4 / 19 99

الى: بنك اللبناني الكويتي الأول
لبنان

تحية وبعد ،

نرجو اصدار خطاب ضمان لصالح السادة/ شركة الملاحة اللبنانية الكويتية - بيروت (كما هو مفصل أدناه) وتسجيل قيمة المستندات/البضائع ومصاريفها على حسابي/حسابنا لديكم مقابل قيامهم بإصدار أمر تسليم البضاعة لنا لنتمكن من استلام البضائع دون الحاجة لإبراز بوالص الشحن المعنية.

تفاصيل الكفالة المطلوبة

رقم بوليصة الشحن: 96 المؤرخة : 1999/2/12 ميناء الشحن : الدمام ميناء التفريغ/الوصول بيروت اسم السفينة : عاطرة أعلى البحار الكمية والمحتويات: حاوية 20 قدم تحتوي علي 800 صندوق ملابس أطفال رقم الاعتماد المستندي: LC/999/55/99

مقابل إصداركم الكفالة المطلوبة أعلاه فإننا نتعهد (متضامنين ومتكافلين) بتعويضكم عن أي ضرر أو خسارة أو مصاريف (بما في ذلك كافة المصاريف القانونية وأتعاب المحاماة التي قد تنشأ نتيجة الالتزام بالتفويض السابق الذكر أو استخدامه)، والتي قد تتعرضوا لها أو تدفعوها بسبب الكفالة المذكورة أو بسبب تسليم البضاعة السابقة الذكر أو لأي سبب آخر له صلة بها. ومن المفهوم أنكم لا تتحملون أية مسؤولية فيما يتعلق بتعيين البضاعة أو كميتها أو وزنها أو حالتها الخارجية أو تغليفها أو قيمتها ولا فيما يتعلق بتنفيذ المرسلين أو المؤمنين لالتزاماتهم، كما أننا نلتزم لدى

استلامنا بوليصة الشحن المذكورة إما بتسليمها لكم مظهرة حسب الطلب أو بأن نعيد إليكم الكفالة أو نفرج عنها خلال شهرين من تاريخ هذا الطلب.

وأفوضكم/نفوضكم بموجب هذا بأن تقيّدوا على حسابي/حسابنا لديكم قيمة المستندات بالكامل للالتزامات المنصوص عليها في الكفالة ذات العلاقة وذلك على الرغم من وجود أية اختلافات فيها، وتسوية قيمتها مقابل مبلغ التأمين المودع لديكم (إن كان). كما أخولكم/نخولكم أن تسجلوا على حسابي/حسابنا لديكم أية مبالغ أخرى تستحق بخصوص الشحنة المذكورة أعلاه، بما في ذلك المبالغ التي قد تنشأ نتيجة التقلبات في أسعار صرف العملات الأجنبية، كما التزم/نلتزم بالتقيد بكافة التعليمات التي قد تردكم من مراسليكم/أو مرسلي المستندات لكم.

وفي حالة اتخاذ أية إجراءات قانونية ضدكم أو ضد أي منكم من حين لآخر بخصوص البضاعة المذكورة، سواء من قبل حامل بوليصة/بوالص الشحن ذات العلاقة أو من قبل طرف آخر، فإنني أتعهد/ فإننا نتعهد بأن ندفع لكم مبالغ كافية للدفاع عن موقفكم ولمواجهة أية مطالبات. وفي حالة توجب تسديد مثل هذه المطالبات، فإنني أتعهد/ فإننا نتعهد في أي وقت من الأوقات بأن ندفع لكم كامل المبلغ الواجب دفعه من قبلكم تسديدا لمثل هذه المطالبات.

إسم العميل: أنور وعبد الوهاب وشركائهم للتجارة العامة والمقاولات

حساب رقم: 19560811

المطالبات التعسفية في كفالات الشحن أو النقل:

وخير مثال على ما قلناه كفالة الشحن. فإذا أصدر بنك اعتماداً مستندياً لصالح بائع أجنبي وقام الأخير بشحن البضاعة وتأخر في تسليم المستندات ومنها بوالص الشحن للبنك المراسل أو المصدر للاعتماد المستندي، وطلب الأمر في الاعتماد من البنك المصدر للاعتماد إصدار كفالة شحن لصالح وكيل الشركة الناقلة في ميناء وصول البضاعة، فإن البائع في هذه الحالة لا يستطيع حبس بوالص الشحن وتقديم البوالص كسند للمطالبة في مواجهة وكيل الشركة الناقلة (الباخرة) لطلب التعويض عن قيمة البضاعة إلى جانب تعويضات أخرى قد يدعيها البائع. والسبب هو أن على البائع - وهو المستفيد من خطاب الاعتماد المستندي - تقديم المستندات للبنك المصدر للاعتماد وتحصيل قيمتها منه، حيث لا يستطيع هنا البنك رفض المستندات وإن كانت مخالفة لشروط الاعتماد، وذلك لتدخله في الإفراج عن تلك البضاعة بواسطة إصداره كفالة الشحن.

فإذا حاول المستفيد من الاعتماد المستندي استغلال بوالص الشحن التي بيديه لابتزاز وكيل الشركة الناقلة والبنك المصدر لكفالة الشحن بالمطالبة بثمن أكثر من ثمن البضاعة، ولنفترض وجود تواطؤ من قبل الأمر في الاعتماد المستندي، فيكون المقصود من الدعوى هو الإضرار بالغير، أو تحقيق أغراض غير مشروعة كما في حالة الدعاوى الصورية ودعاوى المسخرين. وفي الدعاوى الصورية، فهي ترفع من شخص على آخر يتواطأ معه على ذلك ويستصدران فيها حكماً، من أن الحق في الواقع مستند إلى شخص ثالث غيرهما - ثم يفتسمان ثمرة الحكم ويستوي لديهما، عندئذ أن يكون الحكم صادراً لصالح المدعي أو المدعى عليه مادام بينهما اتفاق على اغتيال حقوق الغير عن طريق التقاضي الصوري، كما في حالة دعاوى تثبيت الملكية التي ترفع من شخص على آخر عن عقار أو منقول - مع أن الشيء المتنازع عليه مملوك للغير - وهما يعلمان - وكما في حالة دعاوى صحة التعاقد التي ترفع بين متواطئين للإضرار بحقوق المالك الحقيقي¹.

¹ راجع الغش الإجرائي والغش في التقاضي والتنفيذ تأليف الدكتور/ سيد أحمد محمود أستاذ قانون المرافعات المساعد بكلية الحقوق - جامعة عين شمس والمعار بجامعة الكويت.

قضي في هذا الصدد أنه "من المقرر أن لمحكمة الموضوع الحق في بحث جدية ما يقدم إليها من أوراق مادام ذلك لازماً للفصل في الدعوى لو لم يطعن أحد فيها بالصورية فتعرض لها وتستنتج عدم جديتها وصورتها من قرائن الدعوى وما يستظهره من نية المتعاقدين بناء على تصرفاتهم السابقة واللاحقة والمعاصرة للعقد، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغاً¹. و" لمحكمة الموضوع الحق في بحث جدية ما يقدم في الدعوى من أوراق مادام ذلك لازماً للفصل فيها ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية فتعرض لها وتستنتج عدم جديتها وصورتها من قرائن الدعوى وما يستظهره من نية محرريه بناء على تصرفاتهم السابقة والتالية والمعاصرة لتحريرها ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها متى كان استخلاصها سليماً².

هذا وقد كفل الدستور الكويتي في مادته 34 والمادتين 67 و69 من الدستور المصري وذلك للذود عن حقوقهم وحماية مصالحهم. لذلك يجب أن يمارس حق الدفاع - في المجال الإجرائي - في الإطار المرسوم له بمقتضى القوانين الإجرائية التي تنظمه - وبصفة عامة أن تكون المصلحة في الدفاع مصلحة مشروعة حسب المادة الثانية (مرافعات كويتي) والثالثة (مرافعات مصري) - وبالتالي فإذا ما خرجت ممارسته عن هذا الإطار أو قصد استعماله الإضرار بالغير فتجب المساءلة في هذه الحالة³.

لذلك قضت محكمة النقض المصرية⁴ بأنه " نصت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني على أن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق. وكان حقا التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو ذودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللد في الخصومة

¹ تمييز كويتي 1983/1/3، طعن رقم 19/1982 مدني، مجلة القضاء والقانون السنة الحادية عشرة. مصدر سابق.

² تمييز كويتي 1984/1/11، طعن رقم 67/1983 تجاري، مجلة القضاء والقانون. السنة الثانية عشرة، العدد الأول - . مصدر سابق.

³ الغش الإجرائي - للدكتور/ سيد أحمد محمود.

⁴ نقض مصري 1977/3/28 في الطعن رقم 438 - مشار إليه في عبد الحميد الشواربي ، الدفوع المدنية، مرجع سابق صفحة 868.

والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في نسبة الخطأ إلى الطاعن إلى ما لا يكفي لإثبات انحرافه عن حقه المكفول في التقاضي والدفاع إلى الكيد والعنت واللد في الخصومة فإن يكون فضلا عما شابه من القصور قد أخطأ في تطبيق القانون¹.

لذلك لا يحق لمصدر البضاعة (المستفيد من الاعتماد المستندي) مطالبة وكيل الشركة الناقلة بالتعويض بسبب الإفراج عن البضاعة، حيث يتوجب عليه تقديم مستند الشحن للبنك الذي أصدر الاعتماد المستندي لتحصيل قيمة البضاعة. ولكن إذا رفض البنك مصدر الاعتماد دفع قيمة المستندات الممثلة في البضاعة، فحينها يستطيع مقاضاة البنك بسبب تهيئة المناخ للمستورد للإفراج عن البضاعة بإصداره كفالة الشحن، والرجوع كذلك قضائيا على وكيل الشركة الناقلة في مطالبة بالتعويض عن قيمة بضائعه والأضرار والمصاريف التابعة لهذه التصرفات.

والسبب في أحقية مصدر البضاعة مطالبة البنك بقيمة البضاعة والتعويض عن الأضرار التابعة، لاعتبار أن البنك مدينا وامتنع عن تنفيذ التزامه العقدي بموجب الاعتماد المستندي، مع قدرته عليه، يكون سيئ النية، ولو لم ينصرف قصده إلى الإضرار بدائنه، ويخرج من ثم عن دائرة العقد التي يهيمن عليها الثقة (وهو الاعتماد المستندي) وحسن النية ولا يستطيع من ثم التمسك بالحماية التي توفرها له بنوده²، برفع أو تخفيف أو تحديد المسؤولية كما ينجم عن تصوره في تنفيذه³.

وينطبق ما جاء أعلاه على المستورد، إذا ما حاول منع بنكه من الوفاء بقيمة البضاعة بحجة عدم صلاحيتها أو الغش إذا كان كيديا للحصول على منافع من قبل مصدر البضاعة.

وهناك حالات كثيرة رأيتها وخبرتها من قبل مستوردين يلجأون للقضاء لإصدار أوامر احتياطية للحيلولة دون صرف مبالغ مستحقة لصالح مستفيدين من الاعتمادات المستندية أو خطابات الضمان. وعليه يتوجب على أولئك دفع التعويضات حسب تقدير القضاة إذا ما ثبت سوء النية. وفي مجال

¹ الغش الإجرائي - للدكتور/ سيد أحمد محمود.

² رفض الوفاء بقيمة المستندات بسبب وجود خلافات عن ما نص عليه الاعتماد المستندي بالرغم من إصدار كفالة الشحن للأمر للإفراج عن البضاعة.

³ محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الثاني - بند 109 صفحة 86 وهوامش من صفحة 26 إلى صفحة 32.

المرفقات تمنح المادة 2/188 من قانون المرافعات المصري المحكمة سلطة الحكم بالغرامة على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفاعاً أو دفاعاً بسوء نية. وهذا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى طلب للحكم بالتعويض إذا توافرت نية الإضرار أن يتقدم الخصم صاحب الشأن¹، ولذلك يجوز الحكم بالتعويض لسوء النية التي قد تدل على قصد الخصم في الإضرار بخصمه².

إن المطالبات التعسفية في الكفالات وخطابات الضمان، تنصب جميعها تحت إطار سوء النية، وعليه يتوجب أن يحذر من يعتقد بأنه يستطيع الهروب من طائلة القانون إذا ما أثبت عليه وأدين بسوء النية. فمن يعتقد بأن إصدار شهادات للمطالبة عن الضرر والتي بها يعرب المستفيد من الكفالة أو الضمان أو اعتماد الضمان، الضرر الذي أصابه جراء عدم التزام الأمر من التقيد ببنود العقد أقوى من المطالبة العادية والبسيطة في المحاكم، يكون اعتقاده لا أساس له من الصحة وباطلاً، فإذا ثبت سوء نيته، جاز الحكم عليه بالتعويض عن الضرر والتي تملكها المحكمة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى طلب المتضرر للحكم بالتعويض شريطة أن تتوافر نية الإضرار كما شرحناه سابقاً.

إيضاحات حول صحة رفض المصدر للضمان

الوفاء للمستفيد في كفالة الشحن

الحيازة

بسبب تطرقنا إلى هذه الحيثية في القضية التي شرحناها آنفاً، اعتقد بوجوب الإسهاب أكثر وشرح موضوع الحيازة من القانون لتقريب الموضوع بشكل أفضل.

عنى القانون المدني ببيان ماهية فكرة الحيازة لسببين: السبب الأول - أن المشرع يجعل الحيازة قرينة على الملكية، أي أن يفترض أن الحائز هو المالك حتى يثبت العكس، وعلى هذا النحو فإن حماية الحائز هي في الواقع

¹ أحمد ماهر زغلول - بند 271 صفحة 413 - آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - .

مصدر سابق.

² إبراهيم النفاوي، مسؤولية الخصم صفحة 339 - مصدر سابق .

حماية لصاحب الحق¹. والسبب الثاني - أن في حماية الحيازة محافظة على الأمن العام والسكينة العامة في المجتمع، فلا يجوز اغتصاب الحيازة ولو كان المغتصب هو المالك الحقيقي، إذ لا يجوز للفرد أن يقتضي حقه بنفسه، فيعكر صفو الأمن العام والسكينة العامة، بل يجب عليه أن يستترده عن طريق القضاء². فهل كانت حيازة البضاعة في القضية آنفة الذكر بيد المستفيد من اعتماد الضمان أو كان بيد المصدر لاعتماد الضمان أو الأمر. بالطبع كانت الحيازة ولا زالت بيد المستفيد السيئ النية حتى رفع الموضوع للاحتجاج، الذي شحن البضاعة الى الأمر خارج نطاق اعتماد الضمان دون تنازله عن سند حيازة البضاعة وهو سند الشحن.

عرف القانون الروماني القديم الحيازة: هي سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شيء مادي، على اعتبار أنه مالك لهذا الشيء، فيحرزه إحرازاً مادياً ويباشر عليه سلطة المالك³. وأما في القانون الفرنسي فإن "الحيازة هي إحراز شيء أو استعمال حق، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بواسطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا"⁴.

وقطع القانون المصري شوطاً أبعد من القانون الفرنسي، فكان المشروع التمهيدي للقانون المدني يعرف الحيازة بقوله: "الحيازة وضع مادي، به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق"⁵.

وتوسع المشرع الكويتي في تعريف الحيازة بطريقة دقيقة وأفضل من القوانين السالفة الذكر حيث ذكر: "الحيازة هي سيطرة شخص، بنفسه أو بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، بأن يباشر الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق"⁶.

ولم يسلك المشروع الكويتي مسلك القانون المصري الذي لم يضع تعريفاً تشريعياً تاركاً مسألة التعريف للفقهاء. وهو المسلك الذي سلكته بعض

¹ الحيازة - دراسة تأصيلية للحيازة من الناحيتين المدنية والجنائية - للدكتور محمد المنجي رئيس محكمة بالإسكندرية.

² . مصدر سابق.

³ القانون الروماني - للدكتور عمر ممدوح صفحة 297 - مصدر سابق.

⁴ الحيازة - للدكتور محمد المنجي رئيس محكمة بالإسكندرية.

⁵ المادة 1398 - . مصدر سابق.

⁶ مدني كويتي - المادة 905

التشريعات العربية الأخرى تأثرا بالقانون المصري. وأثر المشروع مسلك التشريعات الأخرى في وضع تعريف تشريعي¹، وقد أثر المشروع هذا المسلك عملا على ضبط فكرة الحيازة².

وبهذا التعريف تتضبط فكرة الحيازة، فهو يبين أولا أن قوام الحيازة السيطرة على شيء مادي. وقد يكون الشيء عقارا وقد يكون منقولا، ولكن الحيازة لا ترد إلا على الأشياء المادية، وهو الرأي السائد، فلا ترد على الأشياء غير المادية كالمصنفات الفنية، ولا على الديون، فمن يطلق على الدائن الظاهر ليس حائزا للدين بالمعنى الفني للحيازة وما يترتب عليها من آثار، مع ملاحظة أن الديون الثابتة في سندات لحاملها تندمج في السندات وهي أشياء مادية وتعتبر حيازة السند حيازة للدين تنطبق عليها أحكام الحيازة.

ويبين التعريف أن السيطرة قد يباشرها الحائز بنفسه وقد يباشرها بواسطة غيره وقد بينت المادة 908 متى تكون الحيازة بواسطة الغير³. كما يبين التعريف أن السيطرة تكون بالظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر. فاستبعد المشروع ما قيل من أن الحيازة تتحقق حتى بالنسبة للحقوق الشخصية (المادة 1398 من المشروع التمهيدي المصري ومذكراتها الإيضاحية)⁴.

الانتقال الرمزي للحيازة بتسليم سندات البضائع:

ومن القانون المصري، تنص المادة 954 مدني على أن: "(1) تسلم السندات المعطاة عن البضائع للعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في مخازنه يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها. (2) على أنه إذا تسلم شخص هذه

¹ العراقي م 1145، التونسي م 38، السوداني م 1/761، الصومالي م 1/757، الأردني م 1/1171 - بالإضافة إلى مجلة الأحكام العدلية التي تعرف ذي اليد، أي الحائز في المادة 1679 - مصدر سابق.

² المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي صفحة 690.

³ تنص المادة 908 من القانون المدني الكويتي "تكون الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء باسم الحائز". راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

⁴ مصدر سابق.

المستندات، وتسلم آخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة".

إن الانتقال الرمزي للحيازة المنصوص عليه في هذه المادة "انتقال حيازة سندات البضائع من البائع إلى المشتري". والفرض أن المشتري اشترى بضاعة من البائع على الحساب حسب المثال المعروض أمامنا، يدفع قيمتها خلال مدة 90 يوما من تاريخ الشحن، وإن لم يسدد المشتري خلال المدة، جاز للبائع مطالبة القيمة من البنك المصدر لاعتماد الضمان.

ولكن يتم الانتقال المادي للحيازة بالتسليم الفعلي لهذه البضائع من البائع إلى المشتري، يجب أولا أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو أمين المخازن بموجب السندات التي تسلمها منها، ثم يقوم بتسليم هذه البضائع إلى المشتري. أما في التسليم الرمزي للحيازة، فبدلا من أن يسحب البائع البضائع ثم يقوم بتسليمها تسليمًا فعليًا للمشتري، يكفي بتسليم سندات البضائع إلى المشتري، الذي يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو أمين المخازن. ويلاحظ أن المثلين المذكورين بالمادة 954 مدني مصري قد وردا على سبيل المثال لشيوعهما في الحيازة العملية بين التجار، وليس على سبيل الحصر، كما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني¹.

وبهذا الصدد تذكر المادة 918 من القانون المدني الكويتي "تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذ اتفقا على ذلك وأصبح في استطاعة هذا الغير أن يسيطر على الشيء ولو لم يتسلمه تسليمًا ماديًا". فيجب أولا أن يكون هناك اتفاق على نقل الحيازة، والمقصود هنا بركنيها المادي والمعنوي، كما لو كان الاتفاق بيعا أو هبة. ويجب ثانيا أن تنتقل السيطرة على الشيء إلى الخلف أو في الأقل القدرة على السيطرة، بمعنى أن يكون في استطاعته مباشرة الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق الذي اتفق على نقله دون عائق².

وإذا كان انتقال الركن المعنوي للحيازة يستخلص من الاتفاق، فالركن المادي ينتقل إلى الخلف إما بتسليم الشيء تسليما ماديًا بحيث يتحقق له السيطرة الفعلية، وإما بما يسمى التسليم الحكمي أو بما يسمى التسليم

¹ الحيازة - للدكتور محمد المنجي.

² المذكرة الإيضاحية - القانون المدني الكويتي.

الرمزي، وقد عرض المشروع في المادتين 919 و 920 لهاتين الصورتين الأخيرتين للتسليم¹.

وعليه، فكيف للمستفيد من اعتماد الضمان الحق في مطالبة البنك المصدر للاعتماد بتعويضه عن بضاعة لم يسلمها إلى المستورد وهو الأمر في الضمان، حيث يتمثل الركن المادي ويتمثل السيطرة المادية على البضاعة، ويمكن كذلك أن نقول بأن هذا الركن قد تحقق كذلك لسيطرة حلز آخر وهو وكيل الشركة الناقلة للبضاعة والتي تتمثل لأوامر مصدر البضاعة السيئ النية.

ومن هنا أختتم هذا الموضوع، بعدم أحقية المستفيد من خطاب الضمان مطالبة البنك، وتكون مطالبته باطلة وعلى البنك المصدر لاعتماد الضمان رفض الوفاء للمستفيد السيئ النية، وهي صفة تؤثر من بعض النواحي فيما يترتب على الحيازة من آثار. فتبين الفقرة الأولى من المادة 915 من القانون المدني الكويتي ذلك حيث نصت: "يصبح الحائز سيئ النية من وقت علمه أن حيازته اعتداء على حق الغير".

التدليس

وبنص المواد 151 إلى 155 من القانون المدني الكويتي، يكون المستفيد قد أبطل عقده مع المصدر لخطاب اعتماد الضمان بسبب الحيلة التي صدرت منه مع البنك المصدر للضمان والأمر، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 153 من القانون المدني الكويتي: "يلزم، لإبطال العقد على أساس التدليس، أن تكون الحيل قد صدرت من التعاقد الآخر، أو من أحد أتباعه، أو ممن وسطه في إبرام العقد، أو فيمن يبرم العقد لمصلحته".

وتشرح المذكرة الإيضاحية المادة 155 من القانون المدني²، لحالة التدليس المتبادل وهي تلك التي يلجأ فيها كل من طرفي العقد إلى التدليس على الآخر، في صدد شأن من شؤون التعاقد، وبجره بذلك إلى ارتضائه، مقررا حرمان أي منهما من حق طلب إبطال العقد. فكل منهما قد دنسته حيلته وغشه. فليس له أن يتأذى من غش غريمه، إذا كان قد صدر منه نحوه ما يمانته.

¹ مصدر السابق - أنظر نص المادتين في الملحق.

² تعتبر المذكرات الإيضاحية و/أو التفسيرية للقوانين جزءاً لا يتجزأ من القانون.

وقد استوحى المشرع هذا الحكم من أعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي المادة 16 من مشروع النصوص المتعلقة بالمصادر الإرادية للالتزامات (أعمال اللجنة لسنة 1948/1949 صفحة 706)¹.

ومن يرغب في الاستزادة، يراجع كتاب "الاعتمادات المستتدية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف - الفصل الثامن "قضايا وأحكام الائتمان والوفاء مقابل المستندات"، والفصل التاسع "نزاعات وقضايا في التزوير".

¹ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي من صفحة 143 الى صفحة 145

الفصل الخامس

الكفالات

تفسير عقد الكفالة¹:

يتحدد التزام الكفيل في عقد الكفالة، فهذا العقد هو المرجع في تعيين حدود التزام الكفيل، ولهذا يجب على البنك أن يحكم صياغته حفظاً لضمانيته وتحاشياً لتأويله، وفي هذه الصياغة يحرص البنك - عادة - على أن يفسح لنفسه الخيارات، ويسقط حق الكفيل في الاعتراضات.

وإذا أثير نزاع حول حدود التزام الكفيل تعين البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، الكفيل والدائن، ودون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهذا هو دور قاضي الموضوع في تفسير عقد الكفالة. والتفسير هنا يجب أن يكون تفسيراً ضيقاً، فلا يتوسع في استخلاص حدود ما يلتزم به الكفيل، بل يؤخذ - عند الشك - بالتفسير الذي يكون في صالحه ما دامت تحتمله عبارات الكفالة.

ويترتب على هذا أن الكفيل إذا قصر كفالته على أصل الدين لم يكن مسؤولاً عن فوائده، وإذا ضمن الوفاء بفوائد بسيطة لم يضمن الوفاء بها مركبة، وإذا ضمن اعتماداً لغاية مبلغ معين، اقتصر ضمانه على هذا الحد دون أن يجاوزه، وإذا ضمن قرضاً معيناً لم يمتد ضمانه إلى قرض آخر قبله أو بعده، والذي يكفل شخصاً فيما يترتب بذمته من التزامات يكون ضماناً للالتزامات المكفول المستقبلية دون التزاماته الماضية ما لم يتبين أن الكفيل أراد أيضاً كفالة الالتزامات الماضية، والذي يحدد كفالته بمدة معينة لا يكون كافلاً لما بعدها.

وإذا جاءت الكفالة في عبارات عامة تتصف بالسعة والشمول، كما لو تعهد الكفيل للبنك بضمان الوفاء بكافة دائنياته لعميل معين الماضية منها والمستقبلية، فإنه يلزم لذلك أن يتحدد مقدماً - في عقد الكفالة - الحد الأقصى لما يلتزم به الكفيل (المادة 749 مدني)، وذلك حماية له حتى لا يتورط في كفالة التزام لا يعلم مقدارها.

ومتى تحدد مركز الكفيل، وتعين نطاق التزامه، فلا يجوز للمدين بفعله أن يسوء مركز الكفيل أو أن يزيد في أعبائه، فإذا كان التزام المدين معلقاً على شرط واتفق مع البنك على التنازل عن هذا الشرط يظل التزام الكفيل

¹ من محاضرات الدكتور سليمان عبدالمجيد - المستشار العام للبنك الأهلي الكويتي - الكويت.

- مع ذلك - معلقا على هذا الشرط، وإذا اتفق المدين مع البنك على النزول عن أجل القرض أو تقريبيه لم يجبر الكفيل على الوفاء قبل حلول الأجل الأصلي، وإذا اتفق المدين مع البنك على زيادة سعر الفائدة لقاء تمديد أجل الدين لم يلزم الكفيل بسعر الفائدة الجديد.

وعلى عكس ذلك، يجوز للكفيل أن يفيد من تحسن مركز المدين، كما لو نزل البنك للمدين عن جزء من الدين أو عن الفائدة أو العمولة أو عن جانب منهما أو مد في أجل الوفاء بالدين، إذ لا يلتزم الكفيل إلا بالقدر الذي أصبح يلتزم به المدين بعد هذا النزول من جانب البنك.

الخلاصة:

يتجلى لنا واضحا وجود فرق بين الكفالة وخطاب الضمان في مسألة مبلغ الضمان أو الكفالة. فإذا نصت الكفالة "بأننا نكفل فلان بموجب العقد رقم 569/6 ب" فإنها تعني أن قيمة المطالبة ستكون حسب العقد ومنها الفوائد وغيرها، وهذا خلاف خطابات الضمان فإن الموجب ما هو إلا إشارة لا يمكن إقحام البنك المصدر للضمان فيها لاعتباره أنه أجنبي.

ومثالنا حسب ما جاء في المادة 385 من قانون التجارة الكويتي، والتي أوردنا ذكرها مرارا، والتي تعطى استقلال التزام البنك قبل المستفيد من غيره من العلاقات الأخرى، كالعلاقة بين البنك والأمر بالخطاب أو بين الأمر والمستفيد، إذ ينشئ الخطاب بذاته في ذمة البنك التزاما أصليا ومباشرا بأداء قيمته للمستفيد متى طلب ذلك خلال المدة المعينة في خطاب الضمان، وهو ما يميزه عن الكفالة، التي تعتبر فيها التزام الكفيل التزاما تابعا لالتزام المدين المكفول ومرتبطا به من حيث صحته وبطلانه. وينبغي على ذلك أنه لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى العلاقة بين الأمر والمستفيد أو العلاقة بين الأمر والبنك، ولا يتمسك قبل المستفيد بأن دفعا ناشئا عن هذه العلاقات الجانبية. كما أنه لا حاجة للبنك إلى إخطار الأمر قبل الوفاء للمستفيد¹.

ولما كان التزام البنك قبل المستفيد مقيدا بمدة معينة، هي مدة سريان الخطاب فإن ضمان البنك يسقط تلقائيا وتبرا ذمته قبل المستفيد إذا لم تصله

¹ راجع المذكرة الايضاحية لقانون التجارة الكويتي.

مطالبة منه خلال هذه المدة إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهائها على تجديدها لمدة أخرى¹.

ولا تنطبق مدة سريان خطاب الضمان وتبرئة ذمة البنك في الكفالات، حيث إن الكفيل وهو البنك يصبح التزامه تابعا لالتزام المدين المكفول ومرتبطا به من حيث صحته وبطلانه كما شرحناه سابقا.

وفي بعض الأحيان تعتبر الكفالة تعهد بنكي ثانوي غير مستقل عن الموجب الأساسي والذي صدرت بسببه الكفالة، ولا يدفع البنك المصدر للكفالة عند أول طلب يقدم من قبل المستفيد، حيث يتوجب على المستفيد من الكفالة مطالبة الأمر مباشرة أولا وهو الأساس في المطالبة، ويحق للمصدر الكفيل أن يفاوض المستفيد والتدخل بحيثيات الموجب ليتخذ قراره النهائي في الدفع بعدما يتحقق من أحقية المستفيد في المطالبة، وعليه للكفيل كذلك الحق في رفض الوفاء إذا اعتقد بعدم أحقية المستفيد بالمطالبة - فكل كفالة نص معين تحكم بموجب نصها وليس تسميتها.

ولا تنتهي الكفالة بانتهاء مدتها، وبمعنى آخر أن الكفالة لا تنتهي بانتهاء مدتها لأنها مرتبطة بالموجب الأصلي - أي أصل العقد - وموضوعها حسب إصدارها، والسبب الرئيسي هو أن الضامن ملتزم بالدين حال نشوبه قبل انتهاء الصلاحية وأن تاريخ انتهاء الكفالة هو فقط لانتهاء الزمن النهائي الذي يجب أن ينشئ الدين صحته.

أما المطالبة فيمكن أن تمتد لمدة عشر سنوات بعد انتهائها - في بعض الدول - شريطة أن يثبت المستفيد أن الدين قد وقع أثناء صلاحية الكفالة - أي أن يكون الإخلال من قبل الأمر ونشأة الدين خلال مدة صلاحية الكفالة، إلى جانب ذلك، يتوجب على المستفيد أن يبين الخل والضرر.

هذا ما نسميه الكفالة غير المستقلة عن العقد، ولكن ماذا عن الكفالات المستقلة عن العقود.

الكفالات المستقلة تكون شبيهة بخطابات الضمان لا اختلاف بينهما في كثير منها إذا كانت تدفع دون قيد أو شرط.

¹ المادة 386 من قانون التجارة الكويتي - المذكرة الإيضاحية.

وحسب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي¹ "الكفالة في اصطلاح الفقهاء، هي ضم الكفيل ذمته إلى ذمة الأصيل، أو بعبارة أخرى إلى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به".

الكفالات الشخصية والعينية:

وهناك كفالات كثيرة الاستخدام، فقد تصدر الكفالة "كضمان" من قبل شخص أو أشخاص لصالح بنك، ليضع البنك تحت تصرفهم تسهيلات ائتمانية. وتكون الكفالة هنا لصالح البنك بشكل تضامني مع الشركة المملوكة لهؤلاء الشركاء الذين يتضامنوا شخصيا بالوفاء بالتزامات الشركة في حالة فشلها في سداد مديونياتها تجاه البنك، فتعتبر الكفالة الشخصية هنا من نوع تضامني². والفارق بينها وبين الضمانات العينية، إذ لا يخصص في الضمان الشخصي مبلغ معين لتأمين حق الدائن، أي يقف الدائن ذو الضمان الشخصي مع الدائنين الآخرين على قدم المساواة. فإذا ضمن اثنان سداد تسهيلات ائتمانية مقدمة لشخص ثالث أو شركة، فإن هذين الشخصين سيقفان على قدم المساواة أمام البنك لسداد التزامات الشخص الثالث أو الشركة.

ويتميز الضمان الشخصي بأنه حتى ولو كان لاحقا للدين فإنه لا يتعرض لعدم النفاذ المقرر حماية لجماعة الدائنين في حالة إفلاس المدين الذي قدم التأمين. كذلك فإنه متى أفلس المدين فإن البنك يتعرض - في التنفيذ على أمواله - إلى مزاحمة باقي دائنيه، ولكنه ينفرد بالتنفيذ على أموال الكفيل غير المفلس³.

ويذكر الدكتور علي جمال الدين عوض في كتابه "عمليات المصارف من الوجهة القانونية"⁴، "من تطبيقات ذلك أن شخصا كفل شركة لدى بنك، بكفالة تضامنية وغير قابلة للتجزئة، ثم أفلسَت الشركة ورجع البنك على الكفيل بمستحقاته لديها. قضت المحكمة على الكفيل، فطعن في الحكم وتأييد

¹ معدلة بالقانون رقم 15 لسنة 1996 .

² كفالة تضامنية: يشترط تضامنهم مع المدين وفيما بينهم، وذلك حتى يحرمهم من كل دفع بالتجديد أو انقسام الدين.

³ عمليات البنوك من الوجهة القانونية - للدكتور علي جمال الدين عوض - أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق/ جامعة القاهرة.

⁴ أنظر صفحة 1016 من نفس الكتاب.

في الاستئناف رفع النزاع إلى محكمة النقض الفرنسية¹، واستند الكفيل إلى سببين، الأول أن البنك لم يرسل إليه دورياً كشوفات حساب الشركة المكفولة المفتوح لديه كي يتابع حالتها، ردت المحكمة على ذلك بأن عقد الكفالة لم يكن به إشارة إلى هذا الحساب ولا إلى التزام البنك في هذا الخصوص كما لم يلزم البنك بالإفصاح عن بيان متعلق بذلك، وثانياً، إن البنك قدم للكفيل - عند إبرامه عقد الكفالة - معلومات ناقصة عن الشركة مقرونة بشرط "مأعدا السهو والغلط"، وهذا الشرط يجب استبعاده لأن البنك سيئ النية، وقد رفضت المحكمة هذا الدفع لأن الكفيل لم يثبت ذلك أمام محكمة الموضوع ولا يمكن افتراض سوء النية والذي لم يقم عليه دليل.

ويصبح الضمان عينياً، إذا خصص مبلغ من المال لتأمين حق الدائنين، ويكون للدائن في هذا الضمان العيني الحق في التقدم والتتبع. ومثالا على الضمانات العينية، رهن الأشياء والعقارات وغيرها من الأصول المنقولة والثابتة.

وقد عرف المشرع الكويتي الكفالة وقال: "الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ الالتزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين²."

ومن هنا يتبين جلياً، أن الكفالة تصدر عند وجود التزام مكفول مع ذمة المدين، وتكون هذه الكفالة أساساً عقد بين الكفيل والدائن ترتبها الكفالة لتجعل من الكفيل ملزماً بشخصه وذمته لتسديد الالتزام الناشئ عن العقد. وعليه تصبح الكفالة هنا عقداً تابعاً، الأمر الذي سيترتب عليه خضوعها للعقد التي صدرت من أجله. على عكس خطاب الضمان والذي يكون أجنبياً عن العقد الذي صدر بسببه خطاب الضمان وإن أشار الضمان لذلك العقد.

ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان التزام المكفول صحيحاً³. فالكفالة تستوعب توابع الالتزام، وعليه يحث للمكفول مطالبة المدين القيمة بما فيها التوابع مثل الفوائد والعملات والمصاريف. والعكس تماماً بالنسبة لخطاب الضمان، حيث لا يستوعب توابع الالتزام إلا إذا نصت بصراحة على ضمان التوابع إلى جانب مبلغ الضمان.

¹ نقض أكتوبر 1958 الفصلية 1959 صفحة 464 مصدر سابق.

² المادة رقم 745 مدني كويتي.

³ الفقرة الأولى من المادة 750 مدني كويتي.

فلكفالة نظام وأطر قانونية خاصة بها تميزها عن خطاب الضمان. فالالتزام في الكفالة لالتزام المدين الأصلي ومرتبطة به من حيث صحته وبطلانه، أما التزام البنك في خطاب الضمان يعتبر التزاما أصيلا قائما بذاته وليس تابعا لالتزام الأمر طالب إصدار خطاب الضمان.

الفصل السادس

**التحايل
والمطالبات التعسفية
والقوة القاهرة**

التحايل والمطالبات التعسفية والقوة القاهرة

هناك الكثير من القضايا الدولية التي عالجت موضوع التحايل من قبل الأطراف في الضمان، وكان صدور الأحكام فيها صارمة لا تقبل الهوادة، وسميت بعضها بالقواعد الجرائمية أي القواعد الصلبة.

وقد وردت نصوص كثيرة في قوانين الدول المختلفة ووضعت النصوص الكفيلة لإخراج البنوك من نزاعات الأطراف بسبب الغش والتحايل. فبهذا الخصوص، ذكر القانون الأمريكي الآتي¹:

"ما لم يتم الاتفاق عليه خلافًا لذلك، عندما تبدو المستندات من ظاهرها بأنها تتطابق مع بنود الاعتماد، ولكن المستند المطلوب مزور أو أنه تحايلي أو أن هناك تزويرًا في الصفة أو العملية التجارية:

أ- يجب على البنك المصدر قبول الحوالات إذا كان القبول مطلوبًا من قبل صاحب الحوالة في الوقت الملائم ... و:

ب- في الحالات الأخرى كما ضد عميلها، يحق للبنك المصدر الذي يتصرف بنوايا سليمة أن يقبل الحوالة على الرغم من إشعار العميل عن وجود تحايل أو تزوير أو عيوب أخرى على ظاهر المستندات، إلا أنه يحق للمحكمة صاحبة الاختصاص الملائم أن تمنع هذا القبول".

ومن هنا، يوضح القانون التجاري الأمريكي بأن إشعار البنك بوجود تحايل أو غش لا يكفي للامتناع على الوفاء بالتزاماته إلا إذا ثبت لدى البنك التحايل بشكل مفسوح وثابت. فالشارع الأمريكي حسم تلك المسألة بطريقة خاصة، حيث فوضت البنوك رفض الدفع إذا كان التزوير مفسوحًا "إن للبنوك الحق في رفض المستندات المزورة إذا كان ظاهرها مفسوحًا وإن لم تكن كذلك فعلى البنوك الوفاء"².

¹ Uniform Commercial Code S5-114(2)

² Uniform Commercial Code S5-144

وتختلف الرؤيا القانونية من بلد إلى بلد آخر بخصوص قضايا التحليل والتزوير، ففي فرنسا وحسب حكم نقض في 1969/5/6 يذكر فيه¹، إن تقديم المستفيد مستندا مزورا إلى البنك يعني وقوع غش من المستفيد، والقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، فلا يقتصر أثره على عقد البيع وإنما يمتد كذلك إلى الاعتماد المستندي رغم استقلاليتهما بعضهما عن بعض. ولذلك انتهى قضاء محكمة النقض الفرنسية في 1954/3/4 إلى أن البنك من حقه رفض المستندات ما دام الغش مؤكدا، فإذا قام البنك بالدفع ثم اكتشف بعد ذلك التزوير، فمن حق البنك الرجوع على المستفيد لاسترداد ما دفعه وإعادة المستندات إليه، كما أن للبنك حق الرجوع عليه بتعويض الضرر الذي أصابه².

وأما في إنجلترا، فيذهب الرأي السائد هناك إلى أنه لا يجوز إلزام البنك بالدفع وقد علم أن المستندات مزورة، بل يجب عليه أن يرفض قبول المستندات، ويساوي في ذلك أن تكون مقدمة من المستفيد أو من حامل حسن النية، أما إذا دفع البنك القيمة إلى المستفيد رغم قيامه بفحص المستندات ولم يتبين التزوير إلا بعد الوفاء، كان من حقه الرجوع على المستفيد لاسترداد ما دفعه إليه شريطة مراعاة القواعد الخاصة بخضم الكمبيالات وقبولها³.

ويذكر الدكتور جمال الدين عوض في كتابه "خطابات الضمان البنكية": ولذا كان الإجماع هو - في فرنسا وإنجلترا وسويسرا ودول أخرى أن طلب وفاء خطاب الضمان القائم على غش يجب رفضه، - إذ يجب أن لا يستخدم هذا الضمان وسيلة للغش⁴.

ما عدا في حالات التحايل الواضحة والتي أحيط البنك علما بها، فإن المحاكم قد تركت التجار لتسوية نزاعاتهم بين بعضهم البعض بموجب العقود

¹ راجع الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف صفحة 197 إلى 198.

² مصدر سابق - J.C.B Page 12 Chapter 16

³ مصدر سابق - راجع كذلك الفصل الثالث من نفس المصدر الخاص بالكمبيالات المستندية لمعرفة ما قصد "بمراعاة القواعد الخاصة بخضم الكمبيالات وقبولها".

⁴ فايسر رقم 119، وستوفليه رقم 55 سيملر رقم 130، دوم 330، و 360، 283، ريف لانج ورينو 614 ماتو 240، برو، في مقالة بمجلة القانون والعمل في التجارة الدولية 1987 ص 121، وكتاب الاعتمادات المستندية للدكتور جمال الدين عوض - مصدر سابق "خطابات الضمان المصرفية" للدكتور جمال الدين.

المبرمة بينهم، وهذه هي المخاطر التي يقوم عليها التجار، فألية والتزامات البنوك تكون على مستوى مختلف، ويجب عليهم قبول الالتزامات، وإلا فالثقة في التجارة الدولية قد تعاني من ضرر غير قابل للعلاج¹.

1- القاعدة الجرائنية في أحكام التحايل:

وقد وضعت أسس خاصة لتطبيق ما سمي بالقواعد الجرائنية Reasons for the granite rule أي القاعدة الصلبة، حيث جاء بخصوص خطاب الاعتماد المستندي واعتماد الضمان، وجعل الأداتين شبيهتي بعضهما البعض في تنفيذ البنك لالتزاماته:

"سواء نشأ بموجب خطاب الاعتماد أو بموجب الكفالة التزاما لا تعتمد بشكل اعتيادي على وضع حل صحيح للنزاع بقدر ما تعتمد على كفاية التنفيذ بموجب العقد الأصلي، فالبنك هنا يهتم برؤية ما إذا نشأ حدث على البنك يكون سببا بالتزامه بالدفع، وعليه أن يستند على الرأي بأن الوقت قد حان ... ويرى أنه سيكون من الخطأ أن تتدخل المحكمة، حيث إن قيامها بذلك سيتطلب وضع التزام على البنك للاستعلام ما إذا كان هناك تنفيذ كلف أم لا"².

وأما بخصوص ما جاء من أحكام بخصوص وظيفة الكفالات البنكية، فقد صدرت حكما بهذا الخصوص يذكر: "لا يمكن القول بأن المدعي قد برهن بأنه ليس هناك أي إخلال للعقد الأصلي وأن الطلب سيكون بناء على ذلك تحايلا فأحد أغراض إعطاء الكفالة Bond هو أنه سيخول المدعي عليهم الحصول على المال دون تأسيس الإخلال الذي يستندون عليه"³.

وأما القواعد الخاصة لتخفيض القاعدة الجرائنية فقد جاء في الأحكام: "ليس في الإمكان تجاهل العقد المائل بين المشتري والبائع بسهولة وبسرعة

¹ Kerr J, (2978) 1 QB 146, 155.

² Roskill LJ: Howe-Rechardson v. Polimex (1978)1 Lloyd's Rep 161, 165.

³ Per Eveleigh LJ: Potton Homes v. Coleman Contractors (1984) 28 BLR 19, 30 (CA).

(كما هو الحال بين البائع والبنك). فإذا تجاهل البائع بشكل قانوني العقد لأول وهلة فإنه يبدو لي بأنه مخول لتقييد المشتري بالاستفادة من كفالة الإنجاز¹.

وفي قضية أخرى خفف القضاء القاعدة الجرائمية حسب الحكم المائل: "بالنسبة إلى مشروع إنشائي ضخ يحق لصاحب العمل بأن يوافق على تزويد المال (ربما بواسطة دفعات مسبقة) لتمكين المقاول من تنفيذ الأعمال. وبشكل مؤكد يطلب من المقاول تزويد كفالة إنجاز. فيبدو لي من الخطأ إذا لم تخول المحكمة بالنظر إلى بنود العقد المائل وأن تمنع من التفكير بالسؤال إذا ما يجب عليها تقييد صاحب العمل بمجرد التأكيد والحزم بأن كفالة تنفيذ العقد يشابه خطاب الاعتماد"².

وفي حكم لستاوتون ال جيه ذكر في حيثيات حكمه في القضية المرفوعة ضد Lloyds Bank: "بشكل عام وجد بأنه يشترط بسند كفالة تنفيذ العقد مثل خطاب الاعتماد على تقديم المستندات عوضاً عن وجود الحقائق بشكل فعلي التي تؤكدتها وتجزمها تلك المستندات، وتكون الحاجة لقاعدة الالتزام التام في حالة سند كفالة تنفيذ العقد أقل، حيث درجة الالتزام المطلوبة هي مسألة إنشاء السند. تم إصدار الكفالات بواسطة مؤسسة عراقية إلى أخرى محررة بكل من اللغتين العربية والإنجليزية، وكلامهما غامض ومبهم. فأنا لا أستطيع أن أعزز النية للأطراف بوجود درجة كاملة في التطابق بأنه كان هناك درجة كاملة في الالتزام"³.

وأما ما جاء بخصوص الكفالات المقابلة Counter Guarantee والحكم بتخفيف القاعدة الجرائمية - صياغة كفالة "Q & D" والتي نصت "نتعهد بأن ندفع لكم عند الطلب أي مبلغ قد تضطرون لدفعه بموجب بنود كفالتكم". وكانت صياغة الكفالة المقابلة "نتعهد بموجبه بأن ندفع لكم أي مبلغ تصرحون بأنكم مضطرون لدفعه".

وكان الحكم سلبياً لفوضى النصوص في صياغة الكفالتين، فقد ذكر القاضي: "بالنسبة إلى حالة "Q & D" فقد كانا واجبي الأداء عند حدوث الطلب

¹ Edward Owen v. Barclays Bank - Was not concerned with the position as between buyer and seller

² Per Eveleigh LJ: Pottom Homes v. Coleman Contractor (1984) 28 BLR 19, 28 & 29 (CA)

³ Per Staughton LJ: IE (ex GKN) Contractors v. Lloyds Bank (1990) Lloyd's Rep 496

أكثر من تقديم المستند فقد كانت شركة "R" ملزمة لأن تدفع لأصحاب العمل. وبشكل متوافق في قضايا Q & D فقد كانت Lloyds مسؤولة أمام "R" فقضية "K" مختلفة تماماً فهناك كفالة مقابلة سيتم نفاذ مفعولها إذا ذكرت "R" بأنهم مضطرون إلى الدفع، فأنا لا أستطيع أن أفسر الطلب على Lloyds كما يذكر بأن¹.

وفي إحدى القضايا لمقاضاة بنك لقيامه بالإخلال بالعقد، كانت صياغة الكفالة المقابلة للبنك الذي قام بإصدار الكفالة نيابة عن بنك مراسل ومقابل كفالته: "نفوضكم بشكل غير قابل للنقض بالدفع الفوري عند أي طلب يبدو أو أنه قدم عن ونيابة عن المستفيد. وأي طلب بين الموقع أدناه وبينكم سيكون حجة حصرية بأن المبلغ المذكور بالطلب مستحق الدفع بشكل أصولي". والنص باللغة الإنجليزية الآتي:

"You are irrevocably authorized To pay forthwith on any demand appearing or purporting to be made on behalf of the beneficiary Any such demand shall as between the undersigned and you be conclusive that the same stated therein is properly due".

رأي المحكمة:

(1) ما عدا في القضايا التحايلية الواضحة توجد على National Westminster Bank لدفع بموجب التزام مطلب نشأ في طلب توجب على National Westminster Bank الدفع.

(2) اعتمدت سمعة National Westminster Bank على الالتزام التام بالتزاماته وتعتمد إمكانية توفر الأمر القضائي لإيقاف الدفع². تعتمد على عقد مبرم بين "Harbottle" و "National Westminster Bank"، فإذا لم يكن هناك إخلال في مدفوعات "National Westminster Bank"، فعندئذ ليس هناك سبب للدعوى وليس هناك سبب للأمر القضائي الزجري. وإذا كان هناك إخلال في مدفوعات "National Westminster Bank" فعندئذ يكون ميزان التلاؤم ضد الأمر القضائي. ويحق لـ "Harbottle" إجراء تعويض ملائم

¹ Per Staughton LJ: IE (ex GKN) Contractors v. Lloyds Bank (1990) 2 Lloyds Rep 496
² Legal Injunction.

بالضرر ويتدخل الأمر القضائي في التزامات "National Westminster Bank" للبنوك المصرية¹.

فمن هنا فصلت المحاكم الإنجليزية في عملية الكفالتين، الأولى صادرة من بنك إنجليزي لصالح البنك المصري والأخرى صادرة من البنك المصري للمستفيد في مصر.

ومع الأسف لا ينظر بعض القضاة عند لجوء المتنازعين لهذه الأمور الهامة، حيث يصدر عن أحكامهم بإيقاف الدفع دون علمهم بالمشاكل التي قد تتجم على البنوك المصدرة للضمانات لصالح بنوك أخرى لقيامها بإصدار الكفالات أو خطابات الاعتمادات الضامنة أو خطابات الضمان لصالح مستفيدين في تلك الدول.

وفي قضية United Trading Corp. (UTC) ضد Allied Arab Bank (AAB) أكدت "UTC" أسباب الدعوى لمساندة إصدار أمر قضائي زجري لإيقاف الدفع ضد "ABB" ومصرف الرافدين العراقي. وقد حدد الآتي:

(1) مبدأ الوكالة: إذا قام شخص بدفع مال إلى وكيل بالخطأ في الحقيقة أو نتيجة تصرف خاطئ، يكون الوكيل مسؤولاً بشكل شخصي بأن يسدد مبلغ المال قبل رفع هذه المطالبة ضده لإعادة المبلغ ما لم يكن قد دفع المبلغ إلى موكله.

أ- الأموال الواجبة الأداء إلى الرافدين هي أموال "ABB" وليست أموال "UTC".

ب- لم يتسلم الرافدين المال بصفته وكيلًا عن Agromark .

(2) العقد: على أساس بأن الرافدين قد أصدر كفالة لأمر "UTC" فقد كانت هناك سلسلة من الترابطات عدا عقود مستقلة ذاتيًا كما معاملات خطاب الاعتماد. وتدل المصطلحات بشكل مجرد على مصدر التعليمات الأصلية.

(3) الإهمال: وافق "AAB" بأن يصبح مصرف الرافدين و "AAB" مسؤولين لدى UTC إذا قاموا بالدفع مقابل طلب من Agromark والذي يكون على حد معرفة البنك تحايلاً عند وقت الدفع¹.

¹ Harbottle v. National Westminster (1978) 1 QB 146.

2- الأوامر القضائية المقيدة للبنوك:

(1) إثبات الاحتيال:

معرفة البنك: تتضمن الأشياء التي يجب أن يعرفها البنك على أساس معلومات واضحة متوفرة له ولكن ليس بناء على مجرد مزاعم قامت بها UTC بأن طلب Agromarks تحايلاً وليس على البنك أي واجب للاستقصاء والتحري عن تلك المزاعم.

(2) معيار البرهان:

يجب أن تكون حجة التحايل واضحة لكل من حقيقة التحايل ولمعرفة البنك. ويتطلب ذلك بشكل طبيعي حجة مساندة على شكل مستندات حديثة عجز المستفيد تقديم تفسير ملائم لها.

(3) الأمر القضائي الزجري العارض²:

تصدر المحكمة قبل الفصل بالنزاع المعروض عليها بموجب السينامد الأمريكي³، يجب على "UTC" أن تحدد قطعياً وعلى المعلومات المتوفرة لديها بشكل جدي جاد بأن الاستدلال الواقعي هو عدم استطاعة Agromark الاعتقاد بشكل نزيه بصلاحية مطالبتها.

وعلى الرغم من تقديم UTC قضية قابلة للمناقشة بشكل جدي بأن هناك سبباً قوياً لإثارة الشكوك بأن لم تتم المطالبات بشكل نزيه وشريف فلم يقوموا بتأسيس قضية صغيرة للنقاش بأن الاستدلال الواقعي الوحيد هو أن المطالبات كانت تحايلية⁴.

¹ United Trading Group v. Allied Arab Bank (1985) 2 Lloyd's Rep. 554, 559 & 560.

² Interlocutory Injunction.

³ Under American Cyanamid.

⁴ United Trading Corp. v. Allied Arab Bank (1985) 2 Lloyd's Rep 554.

وفي ترجيح ميزان التوافق والذي لا يمكن تبريره في الكفالات الدولية المقابلة Counter Guarantees كان هذا الحكم الدال على إمكانية توافر إجراء علاجي ملائم بالأضرار¹:

"بإمكان المقاول أن يستعيد من بنك مصدر لكفالة مقابلة Counter Guarantee إذا قام البنك بالدفع نتيجة إخلال بالعقد مع المقاول، ولكن يجوز اعتبار البنك الضامن مسؤولاً أمام صاحب العمل حسب ولايته القضائية، ولذلك فإن الأمر الزجري Injunction لتقييد البنك الضامن فإنه من النادر تبريره على ميزان التوافق"².

وفي عدم كفاية تعويض المقاول جاء: "تعهد المقاول بالأضرار ليس كافياً لحماية البنك ضد الخسائر المحتملة كنتيجة للضرر التي تحصل لسمعته الدولية"³.

وعن سلوك المدعين بما يختص بالمخاطر التجارية والتي على أثرها يقحمون البنوك دون إنصاف في نزاعات للتصل من المخاطر كان هذا الرأي "يقوم المدعي بأخذ خطورة تجارية بأن قد يطلق على سند الكفالة تنفيذ العقد Performance Bond بعد النزاهة فعندما يقوم المدعي بإعطاء تعليمات إلى البنك بتمديد الوقت النهائي وتكون نيتهم بالمطالبة بأن أي مبلغ يتم دفعه خلال الفترات المحددة ستكون تحايلية. فنحن لا نعتبر ذلك إنصافاً حيث قام (المدعون) باستخدام البنك مع معرفتهم التامة بالخطورة، ولكن عدم كشف أو البوح بتلك الخطورة إلى البنك والسعي إلى إنصاف عادل ضد البنوك عندما تكون الخطورة عدم التسديد أو الدفع"⁴.

ومن أجل رؤية بعض الآراء بخصوص الأمر الزجري في الكفالات الدولية (ماريفا) - MAREVA INJUNCTIONS فسر الآتي دون تعليق:

(1) يتم ممارسة صلاحية المحكمة العليا في منح أمر قضائي زجري عارض يقيد طرفاً ما باتخاذ أي إجراءات ضمن الاختصاص القضائي للمحكمة العليا في إزالة أموال تقع ضمن ذلك الاختصاص، في

1 Availability of adequate remedy in damages.

2 United Trading Corp. v. Allied Arab Bank (Previous reference).

3 Harbottle v. NWB (Previous Reference).

4 United Trading Corp. v. Allied Arab Bank (1985) 2 Lloyd's Rep. 554, 566

& 567.

الحالات عندما يكون ذلك الطرف بالإضافة الى القضايا غير مقيم أو غير ساكن أو غير موجود في الأماكن التي يقع به ذلك الأمر القضائي¹.

(2) لا يمنع الأمر القضائي الزجري بالدفع بموجب خطاب اعتماد أو بموجب كفالة بنكية، ولكنه قد يطبق على العائدات كما وعندما يقوم المدعى عليه باستلامها².

(3) النتيجة السياسية الطبيعية للاقتراح بأن يعامل خطاب الاعتماد أو الكفالة البنكية كمبلغ نقدي عندما يدفع البنك ويقوم المستفيد باستلام المبلغ النقدي الذي يجب أن يخضع لنفس التقيدات مثل أي شيء آخر في أمواله النقدية الى صلاحية الاختصاص القضائي ليس هو كاتخاذ أي إجراء والذي يمنعه من الحصول على المبلغ النقدي³.

ومن القضايا الملفتة للنظر بخصوص الكفالات الدولية والتي تصدر من بنوك خارجية لبنوك أخرى في بلد ما يطلب من خلالها البنك الخارجي منح قروض لشخص في بلد البنك المراسل، كانت هذه القضية:

الأطراف:

مقدم الطلب (الآمر) : Thos. P. Tyler (Tyler)
البنك المصدر : ABN Pittsburgh (ABN)
المستفيد : Huntington National Bank (HNB)

العقد الأساسي:

أجرى Tyler ترتيبات للحصول على خطاب اعتماد ضمان Standby Credit يصدر من قبل "ABN" لصالح "HNB" لتغطية قروض على شكل سحب على مكشوف لتغطية شيكات تسحب من قبل الأمر Tyler على حسابها مع HNB. وعليه صدر خطاب اعتماد ضمان غير قابل للنقض بمبلغ مليوني

¹ S.37(3) Supreme Court Act 1981.

² Per Lord Denning Mr.: Z Ltd. v. A-Z and AA-LL (1982) QB 558, 574 (CA).

³ Per Donaldson LJ: The Bhoja Trader (1981)2 Lloyd's Rep. 256 (CA).

دولار أمريكي واجب الأداء مقابل حوالة (Draft) مرفق مع المطالبة من قبل المستفيد (HNB).

تسلسل الحوادث:

قرر المستفيد في الاعتماد وهو (HNB) بعد استلامه أن يمنع قروضا للشركة الأمرة مقابل خطاب الضمانكأمين. فقام بنك ABN وهو البنك المصدر لخطاب الاعتماد بتعديل خطاب الاعتماد ليسمح بإجراء هذه العملية. في يناير 1982 أحاط البنك الضامن بوجود مشكلة تتعلق بإصدار خطاب الاعتماد، حيث إنها وقعت من قبل مدير فرعهم في Pittsburgh والذي لديه صلاحية لإصدار خطاب اعتماد لغاية مبلغ 300,000 دولار أمريكي فقط.

فعندما قدم البنك المستفيد مطالباتهم والتي هي عبارة عن سحب (Draft) وكتاب مطالبة بمبلغ 902/05 ر 1987 دولار أمريكي، دفع البنك المصدر للضمان المبلغ بتحفظ Under Reserve مع رفع مطالبة على AETNA (للتأمين). وعليه قامت AETNA بإصدار تغطية سند لصالح البنك المصدر للتعويض عن الضرر الذي لحقهم بسبب سوء فعل موظفيهم. وعليه قامت الشركة التأمين AETNA بتسوية مطالبة البنك المصدر للضمان وأخذت تنازلا عن حقوقها بهذا الخصوص¹.

القضية:

رفعت شركة التأمين قضية قانونية ضد البنك المستفيد من خطاب الضمان (HNB) لتغطية المبلغ الذي دفعته للبنك المصدر بموجب Fidelity Bond، وزعمت أن البنك المستفيد من الضمان كان على معرفة أو كان عليه أن يعلم بأن الأمر في الاعتماد كان يحيك خطة احتيالية، وبناء عليه فقد تأمر البنك المستفيد مع الأمر لأجل تدبير خطاب اعتماد الضمان رغما عن المعرفة أو سبب لمعرفة بأنه خطاب الاعتماد الضامن احتياليا، وعلى ذلك زعمت شركة التأمين بأنه عند وقت التقديم والطلب لم يكن البنك المستفيد من

¹ إن المصارف تقوم بالتأمين على مخاطر الاحتيال، وعليه إذا قامت بتعويض البنك المؤمن عن الأضرار التي لحقت به فإنها تحصل بالمقابل على تنازل من ذلك البنك عن حقوقها لتقاضي الطرف الآخر.

الضمان حائزا في ذلك الوقت لأنه كان لديه إشعار مسبق بالدفاع على خطاب اعتماد الضمان.

اللوائح القانونية:

ما لم يتم الاتفاق عليه خلافا لذلك، عندما تبدو المستندات في ظاهرها بأنها تتسجم وتتطابق مع بنود الاعتماد وأنها مزيفة أو أن هنالك تحايلا في الصفقة أو المعاملة: (1) يجب على البنك المصدر قبول الحوالة أو الطلب لأجل دفعها إذا كان القبول مطلوباً بواسطة حامل الحوالة أو الطلب الذي اعتمد الحوالة أو الطلب بموجب الاعتماد وبموجب الظروف التي جعلته صاحب الحوالة في الوقت الملائم¹.

القرار:

سعت شركة التأمين AETNA إلى تعويض من بنك HNB بناء على الأسس التي وضعتها بوجود احتيال في الصفقة وأن HNB لم يكن حائزا على الاعتماد في الوقت المناسب. واعتبرت شركة التأمين بأن ذلك يضع أساسا لعملية تحايلية في الصفقة أو المعاملة بواسطة البرهان بأن HNB (المستفيد من الاعتماد) كان لديه معرفة بالدفاع والتي قد تمنعه من صفة الحائز في الوقت الملائم ولكن بواسطة الحكم: S. 1303. 36(c) of ORC بعد أن تم تبين أن الدفاع وجد بأن أي شخص يطالب بحقوق الحائز في الوقت الملائم يقع عليه عبء البرهان بأنه حائز في الوقت المناسب في كافة النواحي.

استندت شركة التأمين في ادعائها على عملية التحايل أو التصرف التحايلي لموظف البنك المصدر للضمان (ABN) والذي حددت صلاحياته لإصدار اعتمادات ضمان لا تتجاوز مبلغ 300,000 دولار أمريكي، ولكن ليس هناك قضية سابقة أعتبر بها بأن يعفى البنك المصدر للضمان من واجباته بقبول المطالبات عليه على أسباب التحايل الذي قام به موظفه في إصدار خطاب اعتماد الضمان، فالبنك المصدر في موقف جيد لضمان نزاهة موظفيه ضد الخسائر بصفته المؤمن على إخلاص موظفيه وبناء على ذلك ما لم تبرهن شركة التأمين بأن المستفيد (HNB) من خطاب الاعتماد كان

¹ Ohio Revised Code S. 1305.13 (B).

متورطا في ذلك التحايل فلن تستطيع تأسيس التحايل في المعاملة. فقد كان هنالك حجة بأن موظفي البنك المصدر والأمر تأمرا لأن يتصرفا بشكل تحايلي في إصدار الاعتماد ولكن ليس هناك حجة لربط البنك المستفيد بذلك التحايل¹.

ومن هنا، نرى بوضوح بأن البنك المصدر قد احترم الضمان الذي أصدره ودفع المبلغ عند المطالبة، والسبب في تحفظه على المبلغ ما هو إلا الرجوع على شركة التأمين لمطالبتها بالتعويض عن الضرر الذي نشأ عليها. وبالتالي عوضته شركة التأمين البنك المصدر للضمان مقابل تنازلهم عن الحقوق في الضمان الأمر الذي سهل عليها الرجوع على المستفيد من الضمان.

فلو لم يتم تنازل البنك المصدر لصالح شركة التأمين فلن يكون بمقدور شركة التأمين مطالبة المستفيد من الضمان لعدم وجود صفة لها بالقضية. وكذلك الحال إذا دفع البنك المصدر للضمان دون التحفظ فقد يسقط الحق في الرجوع على المستفيد.

وعليه كانت النتيجة أن البنك المستفيد من اعتماد الضمان قد تسلم الإشعار بعدم صلاحية الضمان لتجاوز موظف البنك سقف صلاحياته، وبالتالي كان الإشعار في وقت مناسب وقبل قيام البنك المستفيد بتسليم وحيازة الاعتماد وقبل منح القرض وعليه كانت النتيجة لصالح شركة التأمين.

الفصل السابع

**الإعتمادات الضامنة
والقواعد الجديدة للإعتمادات
الضامنة الدولية**

إعتمادات الضمان

STANDBY CREDITS

بعد أن عرفنا الفرق بين خطاب الضمان والكفالات، يتوجب علينا دراسة اعتمادات الضمان، لكي تصبح المقارنة سهلة بين اعتمادات الضمان من جهة والكفالات وخطابات الضمان من جهة أخرى.

يشكل اعتماد الضمان، تعهدا مستقلا وباتا غير قابل للإلغاء على الطرف المصدر له، شريطة أن تقدم المستندات المنصوص عليها إلى البنك المسمى¹ أو إلى مصدر الاعتماد وأن يتم التقيد بشروط الاعتماد، ويكون التعهد على النحو التالي:

(1) إذا نص اعتماد الضمان على الدفع بالإطلاع - يتعهد المصدر له بالدفع عند الإطلاع؛

(2) إذا نص اعتماد الضمان على الدفع المؤجل - يتعهد المصدر له بالدفع في تاريخ/ تواريخ الاستحقاق التي يتم تحديدها بموجب شروطه؛

(3) إذا نص اعتماد الضمان على القبول :

أ- من قبل الطرف مصدر الاعتماد - يتعهد هذا الطرف بقبول السحب/ السحوبات² من المستفيد على هذا المصدر وبدفعها عند الاستحقاق.

أو

ب- من قبل بنك أو أي طرف مسحوب عليه - يتعهد الطرف مصدر الاعتماد بقبول السحب/ السحوبات المسحوبة من المستفيد على مصدر الاعتماد ويدفعها عند الاستحقاق إذا رفض المسحوب عليه

¹ المسمى هو الطرف المخول بالتبليغ أو الدفع أو القبول أو التعهد بالدفع الآجل من قبل المصدر للاعتماد.

² المقصود من السحب: الورقة المالية أو الكمبيالة المستندية أو بل أوف اكستجينج . Bill of Exchange

المعين في الاعتماد قبول السحب/ السحوبات المسحوبة عليه أو رفض دفع السحب/ السحوبات المقبولة منه عند الاستحقاق.

ومن التعريف فإن مصدر اعتماد الضمان قد لا يكون بنكاً، فقد تكون أي مؤسسة أو شركة أو هيئة أو تاجر شخص، ولهذا جاءت كلمتي مصدر الاعتماد دون تحديد لطبيعته وكيانه إن كان تاجراً أو غير تاجر لتعطي المجال لغير البنوك في إصدارها.

عندما نقارن بين تعريف الاعتماد المستندي واعتماد الضمان، نجد أن اعتماد الضمان هو خطاب ضمان يلبس ثوب الاعتماد المستندي. وتخضع اعتمادات الضمان إلى آلية خاصة عند تنفيذها في المعاملات إذا ما أخضعت للقواعد والأصول التي تم تحديدها في القواعد ¹ ISP590 UCP500 ². حيث بدأ العمل بالقواعد الجديدة لاعتمادات الضمان في 1 يناير 1999 وهي تنظم عمل اعتمادات الضمان إذا ما خضعت لتلك القواعد.

جوهر الفرق بين الاعتماد المستندي واعتماد الضمان:

إذا، ما هو الفرق الجوهرى بين الاعتمادات المستندية واعتمادات الضمان؟ الفرق بسيط، فالاعتماد المستندي حتمي الاستعمال لقاء تنفيذ بينما اعتماد الضمان يدفع فقط في حال تقديم ما يثبت إخلال واستحقاق الدين والمتمثلة في مستندات تعرب عن التعويض عن ضرر أو ما شابه. وعليه يكون اعتماد الضمان شبيه بخطاب الضمان من ناحية الأسباب والدواعي التي تستلزم المطالبة بالوفاء ودفع الدين.

أسباب القواعد الموحدة لاعتمادات الضمان:

نتيجة لصعوبة تطبيق الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، وعدم صلاحيتها من الناحية الفنية، ومن أهمها عدم إمكانية التعامل بالمستندات التي تقدم تحت اعتمادات الضمان بنفس إطار الاعتماد المستندي والقواعد الخاصة بها، جعل العمل قائماً على قدم وساق في

¹ القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان الدولية لعام 1999 والصادرة عن غرفة التجارة الدولية - النشرة رقم 590.

² الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والصادرة عن غرفة التجارة الدولية - نشرة رقم 500

الأوساط الدولية وخصوصا لأولئك المتعاملين في اعتمادات الضمان، للضغط على الغرفة التجارية الدولية لتصميم قواعد وأطر تحدد مسؤوليات الأطراف التي تتعامل بها، مع تنظيم الكيفية في تنفيذ تلك النوعية من الاعتمادات.

ويأتي دور الولايات المتحدة الأمريكية لتنظيم التشريعات القانونية والأطر المختلفة لاعتمادات الضمان، ولتصبح الخبير الأول في وضع الأسس التي عليها اعتمدت الغرفة التجارية الدولية في وضع وتصميم قواعدها الجديدة. فالقانون التجاري الأمريكي ينظم عمليات اعتمادات الضمان بإسهاب كبير وواسع، دون غيره من التشريعات الموجودة في الدول الأخرى، وإن وجدت كانت محدودة بمقارنتها بالتشريعات الأمريكية التي كانت الأساس في وضع تلك القواعد.

فإذا تطلب اعتماد الضمان نسخة أو صورة عن وثيقة الشحن، وكان ذلك الاعتماد خاضعا للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية - القواعد 500 - فهل سيتطلب تقديم صور مستندات الشحن خلال مدة 21 يوما حسب المادة 43 من تلك الأصول¹؟

بالطبع لم تحسم القواعد 500 هذا الموضوع، حيث تركته للفرقاء يتداولوه كيفما يشاؤون بين مؤيد ومعارض من ناحية تقديم المستندات خلال مدة 21 يوما، حتى قررت الغرفة التجارية الدولية في قرارها ورأيها بعدم جواز تطبيق المادة 43 من تلك القواعد على اعتمادات الضمان².

فإذا أخرجتنا الغرفة التجارية من هذا المأزق، فكيف ستخرجنا من مأزق المادة 23 والخاصة بترتيبات إصدار بوليصة الشحن البحرية وكيفية وجوب تقديمها في الاعتمادات، وكذلك المادة 24 والخاصة ببوالص الشحن البحري غير القابلة للتداول، والمادة 25 والخاصة ببوالص الشحن الخاضعة لعقد استئجار سفينة والمادة رقم 26 والتي تعنى في مستندات النقل المتعدد الوسائط.

وإذا استدعى اعتماد ضمان بوالص شحن جوية، فكيف ستفحص البنوك المستندات المقدمة من قبل المستفيد؟ وما هي الأطر الواجب إتباعها عند فحص مستند الشحن الجوي؟ فهل يتوجب عليها إتباع المادة 27 من

¹ راجع الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف.

² Opinions of the International Chamber of Commerce (1984-1986)

Publication No. 434.

القواعد 500 ؟ وهكذا بالنسبة إذا ما كانت هناك مستندات قد طلبت في اعتماد الضمان تثبت نقل البضاعة عن طريق البر أو السكك الحديدية أو الطرق المائية الداخلية أو إيصال النقل الخاص والبريد.

فلكي تتفادى البنوك الدخول في دهاليز مظلمة عند إصدار اعتمادات الضمان، كانت تستثني الكثير من المواد من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، وتحدد المطلوب في كل مستند من المستندات مع تحديد معاييرها، الأمر الذي جعل التطبيق في غاية من الصعوبة والتعقيد.

وعليه جاءت الحاجة لإيجاد بديل صحي، يعطي المتعاملين نقطة ارتكاز سليمة يستطيعون من خلالها التحدث بلغة وأسلوب واحد رغم اختلاف القواعد والقوانين من بلد إلى بلد آخر.

فأسقطت القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان رقم ISP590 المادة 43 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية UCP500.

وعليه، يجب على جميع المتعاملين في اعتمادات الضمان، دراسة القواعد الجديدة لها رقم 590، وعدم ترك الموضوع على سجيته إن كانوا يودون الاحتكام بتلك القواعد.

القواعد الجديدة لإعتمادات الضمان الدولية

القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان¹

أصدرت مؤخرا الغرفة التجارية الدولية قواعد جديدة تنظم العمل في اعتمادات الضمان الدولية وجعلها متاحة حيز التنفيذ من الأول من شهر يناير سنة 1999 من الذين يرغبون في الاحتكام في موادها.

ونظرا لأهمية اعتمادات الضمان الدولية في العمليات التجارية الخارجية، وإخراج عمليات احتكار البنوك على تصدير اعتمادات الضمان دون غيرها من المؤسسات والشركات، عمدت الغرفة التجارية الدولية على تنظيم قواعد ليصبح التاجر مخولا في إصدار اعتمادات الضمان وبالتالي عدم اقتصار أو احتكار عمليات الإصدار على البنوك.

ولهذا توجب على الجميع دراسة الموضوع عن كثب، إذا أرادوا العمل في خطابات الضمان الخاضعة في تفسيراتها للقواعد الجديدة. ومن هذه النقطة، سيرتكز بحثنا على تفسير بعض المواد التي نعتقد بأولويتها بالنظر حسب مخاطرها أو منافعها على المتعاملين، فالكل ينظر من زاويته المختلفة.

قبول المستندات الإضافية:

هناك ثلاث كلمات يسترعى النظر إليها عن كثب في المادة "4.20" الفقرة "أ" STANDARD STANDBY PRACTICE - فقد تخلق هذه الكلمات مشكلة في التفسير وبالتالي نزاعات قد يطول أمدها إذا ما أراد أحد الفرقاء التنصل من التزاماته تجاه الأطراف الأخرى وخصوصا التضاربات في تفسير تلك العبارة بواسطة البنوك عند تنفيذ خطاب الضمان.

فإذا تسلم المستفيد اعتمادا خاضعا للقواعد الجديدة، دون الإشارة إلى تفسير معقول حول مدلولات واضحة ومحددة لهذه الكلمات الثلاث STANDARD STANDBY PRACTICE، فعليه أن يطلب تعديلا للاعتمادات من قبل الجهة المصدرة له تجيز بمقتضى التعديل "قبول المستندات الإضافية كما تقدم" وليس "حسب معايير التعاملات المتبعة في اعتمادات الضمان"، كما هو الحال في المادة 21 من القواعد 500 والتي

¹ راجع المواد الخاصة بالقواعد الجديدة لاعتمادات الضمان في ملحق الكتاب.

تذكر: "حين يطلب تقديم مستندات خلاف مستندات النقل ومستندات التأمين والفواتير التجارية، يجب أن ينص الاعتماد على الجهة التي ستصدر مثل هذه المستندات وعلى نصوصها وبياناتها. وإذا لم ينص الاعتماد على ذلك، تقبل البنوك مثل هذه المستندات كما تقدم، شريطة أن تتوافق بياناتها مع أي مستند مقدم من المستندات الأخرى".

وعليه، فقد حسمت المادة 21 من القواعد 500 تلك الحثية منعاً للالتباس بما يخص معايير قبول أو رفض المستندات الأخرى (ماعدات مستندات النقل والتأمين والفواتير التجارية) خلاف الفقرة "أ" من المادة "4.20" من القواعد الجديدة.

ولكن إذا نص اعتماد الضمان الخاضع للقواعد الجديدة على مستندات إضافية وقد تضمن ذلك الاعتماد تحديد نوعية المستندات المطلوبة وبياناتها ونصوصها والجهة المصدرة لذلك المستند، فلا بأس من قبول الاعتماد دون طلب تعديله.

وبالنسبة للمستندات الأخرى في هذه المادة من القواعد الجديدة، أجازت القواعد قبول المستندات الإضافية إذا كانت تحمل عنواناً يتطابق مع شروط الاعتماد، ولكنها تضيف العبارة التالية: "أو إذا كانت وظيفتها تتماشى مع معطيات معايير التعاملات الموحدة في اعتمادات الضمان STANDARD STANDBY PRACTICE، وهذه المعايير ليست محددة المعالم، ولا يوجد تصنيف خاص لها، وهو عكس ما ورد في المواد 20 و 21 من القواعد 500، لذلك يفضل عند استلام اعتماد الضمان في هذه الحالة أن يضاف على المستند الآخر عبارة ACCEPTED AS PRESENTED أي "مقبولة كما هي مقدمة"، وإن كان هناك اعتراض من قبل مصدر الاعتماد، فعلى المستفيد مطالبة المصدر أن يحدد المستند المطلوب مثل اسم المصدر، واللغة التي يجب أن يصدر بها، والمحتوى، والجمل التي يجب أن تحتويها. وإن رفض طلبه فعليه إيقاف العملية منذ بدايتها ليقص مخاطره في العملية.

وقت تقديم المستندات:

قد يتعثر المتعامل في اعتماد الضمان في المادة 3.02 عند وصوله الى الجملة التي مفادها "EVEN IF NOT ALL OF THE REQUIRED DOCUMENTS HAVE BEEN PRESENTED أي "حتى ولو لم تقدم

المستندات المطلوبة بكاملها". وهذا يعني أن للمستفيد الحق في تقديم الجزء الآخر من المستندات المنصوص عليها في الاعتماد قبل انتهاء صلاحية الضمان.

ويجب توخي الحذر بأن الدفع والوفاء يجب أن لا يتما قبل تقديم كافة المستندات المطلوبة في الاعتماد، إلا إذا وافق المصدر للاعتماد التنازل عن بعض المستندات حسب المادة 3.11 والتي سنشرحها لاحقاً.

وخلافاً لما جاءت فيه القواعد 500 في مادتها رقم 43، فإن المادة 3.05(b) من القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان تجيز تقديم المستندات في أي وقت بعد إصدار اعتماد الضمان خلال مدة صلاحيته.

فإذا كان اعتماد الضمان يطلب نسخة من بوالص الشحن لإثبات شحن بضائع، وكان الاعتماد يعطي المستفيد الصلاحية في المطالبة من خلاله عند عدم وفاء المستورد بدفع قيمة تلك البضائع خلال 120 يوماً من تاريخ الشحن. فإن تقديم المستندات بعد مرور 120 يوماً من تاريخ الشحن قد تعتبر مخالفة للمادة 43 في حالة نص ذلك في الاعتماد على أنه خاضع للقواعد 500، ولكن لا يعتبر الحال كذلك في القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان، حيث أجازت تلك القواعد للمستفيد تقديم أي مستند من المستندات بعد إصدار اعتماد الضمان وفي حدود صلاحيته¹.

تقديم مستندات مؤرخة بتاريخ لاحق:

لمصدر الاعتماد الحق في قبول مستندات مؤرخة بتاريخ لاحق - أي بعد تاريخ التقديم. وقد يكون السبب في ذلك لتلافي تجديد وقت المطالبة من الأمر، وعليه يكون التاريخ اللاحق لتاريخ التقديم الفعلي للمستند مثابة تقديم مستند قبل حدوث الحدث أي PRE FACT .

فإذا توجب إصدار مستند للتعويض عن ضرر ولم يحدث ذلك الضرر، فللمستفيد الحق في تقديم مستند التعويض عن الضرر مؤرخ في يوم يحدثه بنفسه بعد تاريخ التقديم الفعلي لهذا المستند.

¹ كما ذكرنا سابقاً بأن للغرفة التجارية الدولية رأياً حول هذا الموضوع والذي أجاز تقديم نسخ مستندات الشحن بعد 21 يوماً من تاريخ الشحن إذا كان اعتماد الضمان خاضع للقواعد 500 لاعتبارات أن سبب المطالبة يكون فيها للتعويض عن ضرر وليس مقابل شحن بضائع.

وتذكر المادة 4.06 من القواعد الجديدة أن التاريخ الذي يصدر فيه المستند يكون قبل وليس بعد تاريخ التقديم، ولكن أعطت القواعد بنص المادة 3.11-bI لمصدر اعتماد الضمان الحق في قبول المستند خلاف ما جاء في المادة 4.06 .

استثناء المواد غير المرغوب بها:

ولكي لا نحبط الباحث منذ بداية مشوارنا عند شرح المواد، آثرنا ذكر المادة (2) 1.01 والتي تعطي المصدر للاعتماد استثناء أو إعادة صياغة أي مادة/ مواد من القواعد الجديدة من التطبيق على اعتماد الضمان إذا ما رغب المصدر أن يخضع اعتماده للقواعد الجديدة.

وعليه، فعلى الأمر والمصدر لاعتماد الضمان توخي الحذر من قبول القواعد كما هي، حيث يتوجب عليهما صياغة الاعتماد حسب المصلحة التي يرتئيانها.

والى جانب صلاحية الأمر والمصدر في استثناء أي من مواد القواعد فإن القواعد قد أجازت في نفس هذه المادة تعديل أي من مواد القواعد الجديدة كما أشرنا سابقاً، وهذا أكبر دليل بالنسبة لنا شخصياً بديموقراطية نصوص المواد، من حيث رفضها أو قبولها أو تعديل نصوصها. وقد وضعت هذه المادة لتسهيل التعامل مع القواعد الجديدة احتراماً منها للقوانين المعمول بها في مختلف دول العالم. فلا أعتقد من جدوى من قال لمندوبي الولايات المتحدة الأمريكية عند وضع القواعد:

• إذا كانت لديكم مشاكل فلماذا تصدرونها إلينا،

• إن هذه القواعد تشكل خرقاً للقوانين الأوروبية، حيث إنها تحتوي على تناقضات ومخالفات ومغايير وأن القواعد الجديدة ما هي إلا سوق للحلوى للمحامين. حيث إن القانون الأوروبي هو قانون قابل للإفتاء والشرح لتسهيل الأحكام خلافاً للقوانين الأمريكية.

وبما أنه يمكننا بنص هذه المادة من القواعد الجديدة نزع الشوائب التي تعثرها عند رغبتنا في الاحتكام إلى موادها، فإن هذه الضجة والضوضاء تكون دون مبرر.

تمديد مدة صلاحية الاعتماد:

إذا وقع تاريخ انتهاء الاعتماد في يوم عطلة، أجازت المادة (9) 3.13 تقديم المستندات في اليوم التالي للعمل. وجاءت هذه المادة متوازية مع المادة 44(أ) من القواعد 500 حيث ذكرت: "إذا وقع تاريخ انتهاء صلاحية الاعتماد و/أو آخر يوم من الفترة المحددة لتقديم المستندات المنصوص عليها في الاعتماد أو ما ينطبق بموجب المادة 43، في يوم يكون فيه البنك الذي يتوجب تقديم المستندات إليه، معلقا لأسباب غير تلك المشار إليها في المادة 17، فإن تاريخ انتهاء الصلاحية المنصوص عليه و/أو آخر يوم من الفترة المحددة بعد تاريخ الشحن لتقديم المستندات، حسب الحال، يجب أن يمدد إلى أول يوم لاحق يستأنف البنك فيه أعماله".

مصدرو المستندات:

أشارت المادة 4.05 بوجوب إصدار المستندات تحت اعتماد الضمان من قبل المستفيد، إلا إذا نص الاعتماد بصراحة بجواز صدور مستند معين بواسطة طرف ثالث، أو كانت نوعية المستند المطلوب يتوجب صدوره من طرف آخر، ومثالا عليه إصدار مستند وثيقة نقل الأشياء والتي تعرف ببوالص الشحن أو وثائق النقل أو وثائق نقل ملكية العقارات وما شابه.

وعليه على الأمر و/أو مصدر الاعتماد تحديد مصدري المستندات المطلوبة في الاعتماد الضامن بشكل واضح لتفادي الخلافات والنزاعات، وقد يعتقد القارئ بأن هذه المادة تشكل عبئا كبيرا على المتعاملين في القواعد الجديدة، لعدم وضوح مصدري المستند. وأعتقد شخصيا، بأن هذه المادة تعبر عن مدى انفتاح الآفاق العقلية التجارية الأمريكية، لاسيما القانونية، لتكون سلسلة في كيفية إصدار المستندات، فإذا كانت القوانين المتبعة في دولة ما بوجوب إصدار وكالة خاصة عن شيء ما، تحتم صدور هذا المستند بواسطة كاتب العدل، فإن على المستفيد تقديم تلك الوكالة من وزارة العدل، وأما إذا كان المستفيد في جمهورية باكستان الإسلامية، فإنه من المعروف لديهم بأن صدور مستند من كاتب عدل يكون من قبل شخص مرخص في إصدار و/أو توثيق مثل تلك المستندات، وكذلك الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث إن البنوك والأفراد يرخص لهم التصديق على مستندات بصفة كاتب عدل.

وعليه فإن تحرير العقول من الأغلال في اتخاذ القرار في صحة المستندات المقدمة في اعتمادات الضمان الخاضعة للقواعد الجديدة تعتبر من الأولويات، حيث لا تريد هذه القواعد إملأء شروط قد لا تتماشى مع أعراف وقوانين الكثير من الدول، وعليه اقتضى من منظمي هذه القواعد عند صياغتها الالتفات لتلك الأمور لتصبح مقبولة دولياً.

اللغة المستخدمة في المستندات:

لم تذكر القواعد 500 اللغة الواجب استخدامها لإصدار المستندات، ولهذا تعتمد البنوك على اشتراط تقديم المستندات في الاعتماد المستندي اللغة التي يفهمها البنك مصدر الاعتماد.

وعلى سبيل المثال تعتمد البنوك الكويتية على اشتراط تقديم المستندات باللغة العربية أو الإنجليزية للحيلولة دون تقديم المستندات بلغة قد تشكل عبء لهم عند فحص المستندات أو عند الإفراج عن البضائع في الموانئ.

وعليه، حددت المادة 4.04 من القواعد الجديدة بأن اللغة الواجب استخدامها في المستندات يجب أن تكون بنفس لغة الاعتماد الصادر، لتخفيف وطأة الخلافات بين الأطراف.

فالأصل أن المستندات يجب أن تصدر من المستفيد، وأما المستندات الواجب إصدارها من قبل أطراف أخرى، فتكون مقبولة إذا صدرت بلغة الاعتماد وذلك حسب المادة 3.11(b)ii

ولكن، إذا راجعنا المادة 3.11(b)ii فسنرى بأن من حق مصدر الاعتماد قبول مستند بلغة مخالفة للغة الاعتماد، وعليه، إذا لم يطمئن الأمر في الاعتماد من تصرفات البنك أو أي من الجهات التي تصدر اعتماد الضمان، فما عليه إلا استثناء هذه المادة الفرعية في طلب إصدار اعتماد الضمان.

الموقعون على المستندات:

في الفقرة "أ" من المادة 4.07 من القواعد الجديدة لا تلزم المستفيد تقديم مستندات موقعة من قبله، إلا إذا نص اعتماد الضمان بوجود التوقيع

على مستند موقع أو مستندات موقعة حسب معايير التعاملات المتبعة في اعتماد الضمان.

ففي الأصل، يمكن للمستفيد أن لا يكون الطرف الواجب توقيعه على المستندات، إلا إذا اشترط اعتماد الضمان على ذلك، وفي حالة بعض المستندات يفضل السؤال توضيحا في هذا المجال من قبل المستفيد ليتلافى المشاكل التي قد تترتب لاحقا عند تقديمه للمستندات.

ولا تتوقف المادة سالفه الذكر عند هذا الحد إذا ما نظرنا الى الفقرة "ب" من نفس المادة، حيث يفتح الباب واسعا في كيفية توقيع المستندات سواء كانت المستندات صادرة إلكترونيا أو بطريقة أخرى.

وحددت الفقرة "ج" هذا الموضوع، حيث ذكرت أن التوقيع على المستند يمكن أن يوقع من قبل أي شخص ومن دون تحديد اسم وصفة الموقع، إلا إذا نص الاعتماد بصراحة على غير ذلك.

في رأينا الشخصي بخصوص الفقرة "ج"، فإنها في غاية الإثارة الجمالية في التعاملات التجارية، لكي تسد الأبواب على من قد يطعن في صحة مستند من خلال التوقيع الظاهرة عليه لإثبات المطالبات التعسفية أو لإقحام البنوك و/أو الأطراف المصدرة لاعتماد الضمان ضمن القواعد الجديدة في خضم النزاعات بين الفرقاء.

ولكن إذا ما أراد المصدر و/أو الأمر الحرص على صياغة معينة ومحددة عند تقديم مستند ما، فما عليه إلا أن ينص على النصوص المطلوبة بصراحة في خطاب الاعتماد، فللحرص على سلامة المستندات يتوجب أن ينص الاعتماد على اسم الشخص أو صفة أو المخلول بالتوقيع عن المستفيد وليس من قبل أي طرف ثانوي يعمل لدى المستفيد، الأمر الذي قد يخرج المستفيد من طائلة القانون في حالة المطالبات التعسفية. وعليه إذا أراد الأمر و/أو مصدر اعتماد الضمان إلزام المستفيد عند المطالبة التوقيع على مستند المطالبة بالتعويض عن ضرر¹، فتوجب عليه ذكر ذلك بصراحة في

¹ اسم المستند المطلوب على سبيل المثال وليس الحصر.

طلب إصدار اعتماد الضمان ليلزم به البنك مصدر خطاب اعتماد الضمان و/أو المؤيد له في تنفيذ ذلك الشرط¹.

“Documents must be signed by the beneficiary’s authorized signatory”.

OR

“Documents must be signed by Mr. Anwar Khalid who’s signature must be attested by the Lebanese Chamber of Commerce”.

OR

“Documents must be signed by Mr. Anwar Khalid who’s signature must be verified by the Confirming Bank- The Confirming Bank must certify that Mr. Anwar Khalid signed the documents as called for under the credit at their counter only”.

الشروط غير المستندية:

لو قارنا نص المادة 4.11 الفقرة "أ" من القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان مع المادة 13(ج) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية²، فسيجد القارئ استبدال كلمتي "WILL DEEM" بثلاث كلمات أكثر وقعا وحزما عند وضع شروط المواد للقواعد الجديدة والتي تذكر "MUST BE DISREGARDED".

ففي المادة "13-ج" من القواعد 500 تذكر "إذا تضمن الاعتماد شروطا من غير أن يبين المستند/ المستندات الواجب تقديمها وفقا لهذه الشروط، سوف تعتبر البنوك كأنه لم يتم ذكر هذه الشروط وتغفلها" - وأما الفقرة "أ" من المادة 4.11 في القواعد الجديدة/ لاعتمادات الضمان فهي تنص على "شروط الضمان غير المستندية يجب أن تهمل حتى وإن كانت تؤثر على التزامات المصدر 00000".

¹ لا يعني وجود هذا الشرط وجوب تحقق المصارف من صحة توقيع المستفيد على تلك المستندات إلا إذا نص الاعتماد صراحة بوجوب التصديق على صحة التوقيع في المستند.

² نشرة رقم 500

وعليه يجب توخي الحذر عند إصدار اعتماد الضمان بشروط واضحة، دون أن يكون عرضة لنزاع واختلاف في التفسير بين أطرافه. ومثال على الشروط غير المستندية، إذا نص الاعتماد الآتي:

بهذا، نضمن نحن بنك الكويت الدولي الوفاء للمستفيد عند استلام المطالبة بالإطلاع مقابل المستند التالي:

(1) شهادة موقعة من قبل المستفيد من نسختين أصليتين يشهد من خلالهما بأنه قد قام بشحن 300 طن حديد مبروم بقياسات مختلفة إلى السادة/الشركة الأولى للاستيراد - دولة الكويت ولم يتم الأخير بالوفاء بقيمتها حتى يوم إعداد هذا المستند، حيث تأخر في الوفاء بالتزاماته أكثر من 180 يوما من تاريخ شحن البضائع".

(2) وإذا نص شرط من شروط اعتماد الضمان بأنه "يجب أن تكون البضائع من صناعة هندية".

ومن هنا، يتوجب على المستفيد تقديم المستند الأول حسب الصياغة المطلوبة في البند الأول، ولكنه سيهمل البند الثاني لعدم وجود صياغة مستندية من ضمن الشروط، حيث كان من الواجب صياغة الشرط الثاني حسب الآتي: "أن يقدم المستفيد شهادة موقعة تفيد أن الحديد المبروم من صناعة هندية".

بهذا أصبح الاعتماد متضمنا لشرط مستندي - أي يستطيع المستفيد تقديم مستند لتنفيذ الشرط، والذي سيذكر من خلاله أن البضاعة هندية الصنع.

المستندات الأصلية والنسخ والمكررة:

تختص المادة 4.15 بأصول ونسخ المستندات، حيث حسمت هذه المادة في القواعد الجديدة الأمر بعيدا عن احتمالات الخلافات بين المستفيد والمصدر والأمر - إن لم يكن هو نفسه المصدر لاعتماد الضمان. فقد وضعت القاعدة الأصلية والتي تقول إن المستند الأصلي يعتبر أصليا إذا كان موقعا يدويا دون أن تضاف كلمة "أصلي" أي "ORIGINAL" - وإذا كان مستنساخا يجب أن تضاف كلمة "أصل".

والفقرة "د" من هذه المادة "لو تطلب اعتماد الضمان تقديم نسخة من هذا المستند، فإنه يمكن تقديم أصل المستند دون النسخة إلا إذا نص عدم جواز تقديم الأصول و/أو النسخ".

ويعتقد البعض أن الفقرة "ج" من نفس المادة قد أجازت تقديم الأصول من المستندات حتى لو تطلب الاعتماد تقديم نسخ رغم بساطة هذه القاعدة، فاعتقادهم ينصب بأن هذه المادة تخفي في طياتها إمكانية التلاعب من قبل المستفيد في العمليات التجارية، فذكروا مثالا لتدعيم ادعاءاتهم حينما قالوا: "قلو تطلب اعتماد الضمان تقديم نسخة عن وثيقة النقل فالمستفيد السيئ النية يستطيع بمقتضى هذه المادة تقديم النسخة الأصلية لوثائق الشحن، ليمنع الأمر من استلام المستندات مباشرة".

ولكننا لا نعتقد بصحة الجدل المطروح، حيث اعتبره نوعا من أنواع الجدل البيزنطي لأسباب عدة، ومنها أن نصوص الاعتماد هي التي تحكم كيفية العمل وكيفية المطالبة مقابل الاعتماد. فإذا كان شرط الدفع ينص بأن للمستفيد الحق في مطالبة البنك المصدر لاعتماد الضمان بالدفع بعد مرور 90 يوما من تاريخ الشحن وذلك في حالة عدم وفاء الأمر بقيمة البضائع المشحونة إليه، وكان الاعتماد ينص على أن الأمر يتعهد بدفع قيمة البضائع للمستفيد من الاعتماد خلال 90 يوما مباشرة خارج نطاق الاعتماد. وقام المستفيد بتقديم أصول مستندات الشحن للبنك مصدر الاعتماد، وأثناء المطالبة في الوفاء اشتكى المستورد الأمر في اعتماد الضمان المستفيد بعدم تنفيذ الاتفاق حيث لم يتسلم البضاعة، فالبنك هنا يستطيع رفض الوفاء للمستفيد لأنه قد قام بمطالبة تعسفية عارية عن الصحة بدليل مستند النقل الأصلي.

ومن يدعي أن البنوك تتعامل مع المستندات وليس مع البضائع، فنقول، إن اعتماد الضمان يعتبر ضمانا لبست ثوب الاعتماد، وهو بمثابة ضمان لصالح المصدر للبضاعة وهو المستفيد من اعتماد الضمان هنا، فإذا لم يرسل المستفيد في اعتماد الضمان مستند النقل الأصلي للمستورد والذي ضمن الوفاء مقابل إصداره اعتماد ضمان، فكيف للمستورد الإفراج عن بضاعته.

وعليه فإن تقديم المستفيد في اعتماد الضمان أي إفادة تذكر بأن الأمر لم يدفع مقابل البضاعة المشحونة، فتكون هذه المطالبة مرفوضة رفضا قاطعا لعدم تجانس روح المطالبة مع الحقيقة. فالبنك الآن بيديه شهادة مطالبة التعويض عن الضرر وشهادات النقل البحرية الأصلية والتي تثبت

عدم تحقق الضرر، الأمر الذي سيجعل مطالبتة غير صحيحة وغير مشروعة لمنافاتها للحقائق¹.

ولهذا نستطيع اعتبار أن هناك عدم صدق في فحوى المطالبة أو تزويرا في المطالبة، فيعرف التزوير بتزيين الكذب، وإلباس الباطل ثوب الحق، حيث ينقسم التزوير إلى قسمين أساسيين وهما: التزوير المادي والتزوير الخطي. وقد يكون التزوير كليا لأي من المستندات وذلك عن طريق اصطناع مستندات وأختام.

وهناك فرق كبير بين التزييف والتزوير، هو أن لفظ تزييف يقصد به تقليد أو اصطناع أو محاكاة شيء أو جسم أو مادة من كافة جوانبها ومكوناتها وتكون قائمة بذاتها. بينما لفظ تزوير يقصد به تغيير الحقيقة في جزء من شيء أو جسم أو مادة قائمة فعلا².

وعليه يكون المستفيد في خطاب اعتماد الضمان مزورا للحقيقة والواقع، حيث قام المستفيد بشحن البضائع، ولكنه احتفظ بالمستندات الأصلية للحيلولة دون الإفراج عنها من قبل المستورد والذي ضمن الوفاء مقابل إصدار خطاب اعتماد الضمان. إلى جانب أن المطالبة التي تذكر بأن الأمر لم يتم بالوفاء بالتزاماته ليست صحيحة، لحيازة المستفيد للبضاعة عن طريق الاحتفاظ ببوالص الشحن.

إلا أن هذا لا يمنع الطرف المصدر لخطاب اعتماد الضمان توخي الحذر عند انتقاء الكلمات والتفكير بتريث أكثر، واختيار الجمل والكلمات بصورة دقيقة بعيدا عن أي شكل من أشكال التعقيد للحيلولة دون النزاعات التي قد تنشأ. إن اللجوء إلى القضاء ومكاتب المحاماة مكلف.

إن الدفاع عن وجهة نظرنا والقاضية بأحقية البنك أو مصدر اعتماد الضمان في رفض المطالبة بقيمة الضمان بسبب حيازة المستفيد لمستندات الشحن، يرجع إلى نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية

¹ قرار الغرفة التجارية الدولية ورأيها رقم 470/371 و 470/372 بتاريخ 1980/12/9، والذي يلزم البنوك المسؤولة في حالة الدفع للمستفيد عند علمهم المسبق بالتزوير.

² راجع كتاب الاعتمادات المستندية بين المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف

والقوانين المكملة له¹، والتي تنص على الآتي: "لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيلزة. ولا يجوز أن يدفع المدعي عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلص بالفعل عن الحيازة لخصمه. وكذلك لا يجوز الحكم في دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه".

وتشرح المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية²، موضحة المادة الثالثة والمادة التي تسبقها، معقبا على المادة الثانية، "فنصت على أن المصلحة المحتملة تكفي حيث يراد تحقيق إحدى فكرتين (أولهما) الاحتياط لدفع ضرر محقق (والثانية) الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وهذا وذاك لإتاحة الفرصة لقبول أنواع من الدعاوى كان الرأي مختلفا في شأن قبولها، إلى أن اتجه القضاء والفقه إلى إجازتها. ومن أمثلة ما يندرج تحت الفكرة الأولى: قبول دعوى المطالبة بحق لم يحل أجل الوفاء به في العقود المستمرة إذا قصر المدين في الوفاء بما يحل من التزاماته على ألا يجرى تنفيذ هذا الحكم بالنسبة للالتزام الذي لم يحل إلا بعد حلوله فعلا. ومن أمثلته أيضا دعوى وقف الأعمال الجديدة. وكذلك دعوى قطع النزاع التي يقصد بها إلزام من يحاول بمزاعمه الإضرار بمركز غيره المالي أو بسمعته الحضور أمام القضاء يقيم الدليل على صحة زعمه، حتى إذا عجز من الإثبات حكم بأن ما يدعيه لا أساس له، وحرّم من رفع الدعوى فيما بعد، والنص - بصيغته سالفة الذكر - يجيز قبول هذه الدعوى إذا كانت المزاعم محددة وصدرت بأفعال علنية ضارة بحقوق المزعوم ضده بما يحفز على المطالبة بدفع هذا الضرر المحقق، ومن هنا تكون مثل هذه الدعاوى غير مقبولة إذا كانت المزاعم مجرد أقوال فارغة ليس لها ثمة أثر ضار يعتد به³.

وتشرح المذكرة الإيضاحية المادة الثالثة السالفة الذكر⁴ فيقول: "وقد رأى في المشروع - بالنسبة لدعاوى الحيازة - الاقتصاد على إيراد قاعدة

¹ قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والقوانين المكملة له الصادر بالمرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980 والمعمول به منذ 1/11/1980

² المرجع السابق.

³ كما ذكرنا فإن من أقوال المستفيد من الضمان بأن الأمر لم يدفع - وهذا القول عار عن الصحة بسبب حبسه لمستند النقل البحري الأمر الذي جعله حائزا للبضاعة ومطالباً بالتعويض بقيمتها دون أن يكون هناك ضرر قد أصابه.

⁴ المرجع السابق.

عدم الجمع بين دعوى الحق ودعوى الحيازة، باعتبار أن هذه القاعدة وثيقة الاتصال بهذا التقنين المدني. والنص مأخوذ من تقنين المرافعات المصري (المادة 44 منه). والغرض المقصود من هذه القاعدة هو استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق حتى لا يؤدي تعرض القاضي لأصل الحق إلى إصدار حكمه ضد الحائز الثابتة حيازته. وتلقي قاعدة عدم الجمع التزامات على كل من المدعى في دعوى الحيازة والمدعى عليه فيها وعلى قاضي الدعوى. فبالنسبة للمدعى تحظر عليه المطالبة بالحق لأنه إن فعل يكون قد اختار الطريق الصعب لحماية حيازته (وهو المطالبة بأصل الحق). فيعتبر تنازلاً عن الطريق السهل (وهو دعوى الحيازة). ومن هنا فإن دعوى الحيازة التي تسقط بالمطالبة بالحق هي تلك التي ينشأ الحق في رفعها قبل رفع دعوى الحق. وبالنسبة للمدعى عليه فإن قاعدة عدم الجمع تحظر عليه أن يدفع دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق لأن الحكم في هذه الدعوى - وقد قصد به حماية الحيازة لذاتها لن يتأتى وأن يؤسس على ثبوت الحق. كما تحظر هذه القاعدة أيضاً على المدعى عليه أن يطالب بأصل الحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر عليه فيها إلا إذا تخلّى بالفعل عن الحيازة¹. أما بالنسبة للقاضي الذي يفصل في دعوى الحيازة فإن هذه القاعدة تفرض عليه ألا يبني حكمه في الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه".

ومن هنا يتبين جلياً أن حيازة البضاعة والمتمثلة في بوالص الشحن الأصلية كانت ولا زالت بحوزة المستفيد من الضمان، وحيث إن المصدر للضمان أو الأمر لم يقوما بالإفراج عن البضاعة لعدم وجود مستند حيازة البضاعة بيديهما ولم يقوما بإصدار كفالة شحن لصالح وكيل الناقل في ميناء الوصول، الأمر الذي كان سيغير معلم مستند الحيازة (بوليصة الشحن) إلى سند مطالبة بالتعويض عن قيمة البضائع والأضرار الأخرى التابعة لها كما شرحنا سابقاً، فإن مطالبات المستفيد مقابل اعتماد الضمان يجب أن يتأتى وأن يؤسس على ثبوت الحق، فكيف له المطالبة بأصل الحق مقابل الضمان لمجرد أقوال فارغة. بل العكس فلأمر هنا الرجوع على المستفيد من الضمان لتعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء حبس مستندات الشحن

¹ فكيف له إثبات الحيازة وهو حائز على بوالص الشحن الأصلية والتي تمثل البضاعة المنقولة.

معه إلى جانب الإضرار بسمعته في السوق والتي ترتبت على عدم حصوله على البضائع المطلوبة لاستمرارية أعماله بشكل معتاد.

جاءت المادة 20 ج من القواعد 500 بالنص التالي:

"ما لم ينص الاعتماد على خلاف ذلك، تقبل البنوك كنسخة/ كنسخ أي مستند/ مستندات سواء ذكر عليها أنها نسخة/ نسخ أو لم يذكر عليها أنها أصلية، ولا تحتاج النسخة/ النسخ أن تكون موقعة.

إذا اشترط تقديم مستندات على عدة نسخ مثل "نسخة ثانية" (DUPLICATE)، أو "نسخة مزدوجة" (TWO FOLDS)، أو "نسختين" (TWO COPIES)، أو ما شابه ذلك، يعتبر هذا الشرط مستوفيا بتقديم نسخة أصلية واحدة والعدد الباقي نسخا، إلا إذا نص المستند نفسه على خلاف ذلك".

وأما القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان، فالمفهوم يختلف اختلافا طفيفا، إذ يعتبر جميع العبارات المذكورة في المادة 20 الفقرة ج من القواعد 500، بمثابة تقديم أصل واحد والباقي من النسخ، وطبعا لا يجب أن ننسى القاعدة 4.15 بفقرتها "ج" التي تجيز أصولا بدلا من نسخ.

أما في شأن "Triplicate" فإن القواعد الجديدة تضيف عليها عبارة "Triplicate Original" وهنا يكون الفرق بين القواعد الجديدة والقواعد 500 .

وإذا ما استخدمت كلمة "Triplicate" هنا فإنها لا تعني شيئا في القواعد الجديدة، ولا يوجد تفسير لها، إن صح التعبير وذلك حسب قول البعض، حيث يعتقدون أنها بحاجة إلى تفسير، وأما إذا ورد Duplicate/ Triplicate Original - فهذا معناه أن جميع النسخ يجب أن تكون أصولا.

الكلمات المحددة وما بين القوسين والأخطاء المطبعية:

عندما يشترط في اعتماد الضمان جمل معينة ومحددة ما بين قوسين، ومثالنا عليه: يجب أن تذكر شهادة الإخلال والضرر على الآتي: (نحن الموقعون أدناه نشهد ونؤكد بأن الأمر لم يفي بالتزاماته الناشئ قبلنا ولم يقوم بالسداد التام لما ترتبت عليه التزامه في العملية الخاصة بمشروع الجامعة الأمريكية في بيروت).

ففي هذا الشأن تذكر المادة 4.9 الفقرة "أ" الآتي: "إذا لم يطلب اعتماد الضمان جمل محددة فإن الكلمات في المستندات المقدمة يجب أن تعطى نفس المعنى المطلوب في اعتماد الضمان". ولتفادي أي نوع من أنواع اللبس في هذا الخصوص، يفضل أن يتضمن اعتماد الضمان الجمل المطلوبة عند المطالبة بدقة لكي لا يكون هناك التفاف حول المعنى والتي قد لا يجد مصدر اعتماد الضمان نفسه في وضع يستطيع من خلالها رفض المستندات.

ولكن إذا كانت الجمل والكلمات بين قوسين كما ذكرنا في بداية هذه الفقرة، فإن وجود أخطاء مطبعية، وهجائية، وأخطاء في مكان الفواصل، وغيرها، لن تكون محل رفض بالنسبة لمصدر اعتماد الضمان وذلك حسب ما جاء في الفقرة (ب) من المادة 4.9 .

وإذا ما نظرنا للفقرة "ج" من نفس المادة، فإن الفقرة تذكر أنه في حالة تقديم مستند فيه أخطاء مثل الأخطاء المطبعية، وأخطاء ما بين القوسين، مثل الأخطاء الهجائية، وفي وضع الفواصل، والنقط، والفراغات، والسطور، فعلى مصدر المستند تكرار نفس الأخطاء في المستندات الأخرى.

ومع الأسف الشديد يعتقد البعض، بأنه من الغباوة وضع الفقرة ج من المادة 4.9، أو المادة بكاملها، ويستندون على ذلك بأن على المستفيد تقديم مستندات دون وجود أخطاء وأن تكرار نفس الأخطاء على النسخ الأخرى يعتبر حمقا من اللجنة التي أعدت هذه القواعد.

وأما في رأينا، فإننا لا نؤيد المعارضين لهذه المادة وذلك في إحدى الندوات التي عقدت في بيروت، بل العكس، فاعتقادنا ينصب على ضرورة تجانس النسخ المتعددة للمستند الأصلي. ماذا لو قدم الأمر من خطاب اعتماد الضمان أو المستفيد للمحاكم نسخا مختلفة في صياغتها بسبب الفروقات والأخطاء المطبعية وغيرها، طبعا سيعتمد الأمر على القاضي. فبدلا من إقحام القضية في الدخول في متاهات مظلمة ومعقدة، فإن المادة أنهت هذا الفصل النزاعي بالكامل ووضعت طي النسيان.

وفي رأينا كذلك عن سبب تجاوز القواعد الجديدة عن الأخطاء المطبعية والفاصلة والنقطة والأخطاء الهجائية، هو نفس السبب الذي ذكرته في كتاب "الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني" - "إنه من الملاحظ في بعض المناطق في دول العالم يكون الاتجاه السائد رفض دفع قيمة المستندات للخروج من مسؤولية الإفتاء وتعليق المسؤولية على عاتق

الأمر في التنازل عن الخلافات في المستندات. وأغلب البنوك المعقولة لا ترفض قبول المستندات التي تفتقر إلى وجود فاصلة أو نقطة، أو أظهرت إسم الطرف في المكان الأسفل بدلا من المكان الأعلى. ولكن البنوك التي تفعل ذلك، أعتبرها بنوكا يجب أخذ الحيطة في التعامل معها لجبنها الزائد، والذي سيدخل أطراف الاعتمادات في نزاعات قضائية يطول أمدها. إن الخبرة قد أثبتت أن المستندات ترفض بسبب نقطة وفاصلة بسبب جبن موظفي تلك البنوك من تحمل مسؤولية قبول المستندات قد يتم اكتشاف خلافات أكثر جدية من التي تم رفضها سابقا¹.

وعلاوة على ما جاء، فإن البنوك تحرص على فحص المستندات بعناية معقولة، حيث يتوجب أن تكون المستندات متجانسة مع بعضها البعض وفقا لشروط الاعتماد المستندي كما جاء في المادتين 13 و 21 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والمادة 4.9 من القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان، فكيف لمستفيد تقديم مستندات ونسخ منها دون تجانس فيها، أي اختلاف الأصل عن النسخ وذلك بما يخص الأخطاء المطبعية ومكان الفاصلة والنقطة أو غيابها - ولهذا فيجب علينا أن لا نغفل هذه النقطة الجوهرية كذلك.

ويجب أن لا ننسى بأن خطابات اعتماد الضمان تختلف كثيرا عن خطابات الاعتمادات المستندية، حيث إن المستفيد في الاعتماد المستندي هو المصدر لغالبية المستندات مثل القوائم التجارية وقائمة المحتويات ويعد كذلك بوالص الشحن وشهادات المنشأ ويستطيع عمل أي تعديل في أي وقت عليها إن كان هناك أي أخطاء مطبعية وغيرها.

وعلى العكس تماما، فإن المستفيد من اعتماد الضمان قد لا يكون مصدرا لبعض المستندات مثل إثبات صحة المطالبة، فإن تطلب إصدار الشهادة من قبل وزارة العدل أو غرفة التجارة أو شركة من شركات تقييم الخسائر فإن هذه الأطراف الأجنبية عن اعتماد الضمان قد لا توافق في عمل أي تصحيح للأخطاء المطبعية أو اللغوية إذا طلب المستفيد ذلك، أو قد تصبح المدة قصيرة جدا للرجوع إلى أولئك الأطراف عند اكتشاف الأخطاء، وهذا ما سيترتب عليه خسائر فادحة لا تحمد عقباها على كاهل المستفيد بسبب خلافات ثانوية وليست جوهرية. إن عدم وجود هذه المادة

¹ الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف.

سيجعل الأمر أو مصدر اعتماد الضمان في موقف يحسد عليه إذا ما أراد مصدر اعتماد الضمان فك الارتباط بينه وبين المستفيد بسبب إشهار إفلاس الأمر أو تذرع الأمر بالتصل من الدفع من خلال رفض مستندات تحسوي على أخطاء مطبعية وهجائية.

والأهم من ذلك فإن لمصدر اعتماد الضمان كل الحق في استثناء أو تعديل صياغة أي مادة من مواد القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان وذلك حسب نص المادة 1.01 الفقرة "ج". فما على مصدر خطاب اعتماد الضمان إلا الإفصاح عن نيته المبطنة مسبقاً في استثناء المادة 4.9 عند إصدار اعتماد الضمان، وبالتالي سيفهم وسيتعرف المستفيد مع من يتعامل منذ بداية المطاف بدلاً من نهايته، وبالتالي يستطيع تحديد موقفه في إتمام الصفقة أم لا.

التشهاد على المستندات:

وأما فيما يخص التشهاد UNDER OATH على المستندات، فقد ورد في المادة 4.12، أنه في الأصل وإذا لم يرد شيئاً في اعتماد الضمان فلا حاجة للمصادقة أو التشهاد على المستند من أي طرف كان، وأما إذا تطلب في الاعتماد مصادقة أو تشهداً فإنه يكفي بذكر كلمة مصادق عليه أو مشهود عليه مع التوقيع، ويطبق هذا الكلام على المصادقات والتشهاد من مؤسسات حكومية وغيرها.

وعليه يتوجب على مصدر اعتماد الضمان لتجنب أي خلاف قد ينشأ عند تقديم مثل هذا المستند، ذكر كيفية القسم وجهة التوثيق في بداية المشوار، أي عند إصدار اعتماد الضمان. وإذا كان مصدر الاعتماد ليس الأمر فعلى الأمر ذكر تلك العبارات وكيفية القسم عليها وجهة التوثيق بصراحة، وإلا سيكون الطرف المصدر للاعتماد والمستفيد بعيداً عن المساءلة القانونية إذا ما تم الدفع للمستفيد¹.

¹ وهذا بالطبع سار في جميع الحالات إذا كان مصدر اعتماد الضمان طرفاً آخر خلاف الأمر.

المستندات:

ذكرنا حتى الآن الكثير من الشروط التي قد يتطلبها اعتماد الضمان والتي تعتبر الأساس عند المطالبات، وعليه إن اعتمادات الضمان تفتح أصلا بمثابة ضمان لتنفيذ موجب ما أو عقد ما يرتكز على مستند معين قد يسمى بيان الخلل بالالتزام Statement of Default والذي يعتبر بمثابة حجر الزاوية لهذا النوع من الاعتمادات، وبما أن أنواع بيانات الخلل بالالتزام متعددة المسميات ومتشعبة الأغراض، فقد يطلب بالإضافة لهذه البيانات ما يعطي دعما للإقرار بالخلل أو ما يسمى كذلك التعويض عن الضرر.

وعليه يكون السبب في تقديم كتاب المطالبة بالتعويض بسبب الخلل في الالتزامات، هو من أجل ملاحقة المستفيد إذا قدم إقرارا كاذبا ومناف للصحة والصدق من أجل سحب قيمة اعتماد الضمان. وإن أثبت عدم صدق هذه البيانات فإن الأمر أو مصدر اعتماد الضمان يستطيع بمقتضى هذه البيانات الزائفة اللجوء للمحاكم وطلب استرداد ما تم دفعه للمستفيد وقد ينجم عنه تجريما له، وعليه أصبح اعتماد الضمان في نظرنا أفضل بكثير من خطابات الضمان غير المشروطة والتي تدفع بمجرد ورود كتاب مطالبة للبنك مصدر خطاب الضمان ومن دون إيداء أسباب للمطالبة.

إلا أنه لا يعني عدم قانونية إصدار خطاب ضمان مشروط بتقديم مستندات لتثبت صحة مطالب المستفيد في مصادرة قيمة خطاب الضمان، حيث سيكون إلزاما على البنك المصدر لخطاب الضمان التأكد من استلام المستندات حسب ما نصت عليه شروط الضمان، إلا أنه لن يجبر في لباس الشرطي للتحقق من مدى صحة المطالبات وصدق بياناتها.

السحب على أقساط:

تنص المادة 41 من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات - نشرة 500 - بالآتي: "إذا نص الاعتماد على الشحن على دفعات و/أو السحب على أقساط خلال فترات محددة ولم يتم السحب و/أو الشحن على أي شحنة/دفعة خلال الفترة المسموح بها لتلك الشحنة/الدفعة، لا يعود الاعتماد متاحا لتلك الدفعة/الشحنة أو الدفعات/الشحنات اللاحقة، ما لم ينص الاعتماد على خلاف ذلك".

وأما في اعتمادات الضمان، فإن الرؤيا القانونية لها بالشكل والجوهر تختلف اختلافا جوهريا عن الاعتمادات المستندية إذا ما نظرنا إلى الاعتمادين ببساطة. فالاعتماد المستندي يصدر غالبا لتغطية قيمة بضائع يتم شحنها من قبل المستفيد، وتكون هذه الشحنات في بعض الأحيان مرتبطة بجدول زمني، فإذا أخل المستفيد بالالتزام بالشحنات حسب الجدول الزمني والذي نص عليه الاعتماد المستندي، فيكون للأمر الحق في رفض قبول المستندات للشحنة التي تم شحنها خلاف الجدول الزمني وبالتالي، يصبح الرصيد المتبقي في الاعتماد المستندي غير متاح للمستفيد لإتمام الشحنات الأخرى التي تليها، حيث إن الأمر من الاعتماد المستندي ما كان ليضع جدولا زمنيا للشحنات في الاعتماد إلا بسبب ما ولمصلحته.

ولكن الحال ليس كذلك في اعتماد الضمان إذا كان مستندا في أحكامه للقواعد الجديدة، حيث تكون هنا مطالبات من قبل المستفيد للتعويض عن ضرر ما قد أصابه، وبالتالي فإن القواعد الجديدة جاءت بمادة في مصلحة المستفيد ضاربة بعرض الحائط محاولة الأمر من اعتماد الضمان و/أو المصدر له للتصل من التزاماته التي قد تنشأ بسبب ضرر قد يصيب المستفيد من اعتماد الضمان.

وبالطبع إن الحال ليس كذلك بالنسبة للاعتمادات المستندية الخاضعة للقواعد 500، حيث يتوجب على المستفيد الالتزام بالجدول الزمني للشحنات، وإن لم يستطع الالتزام بشحن شحنة ما، فأصبح عليه النظر لمصلحته في عدم إتمام الشحنات الأخرى حتى يقبل الأمر من الاعتماد المستندي هذا الخلاف الذي سببه المستفيد، وللأمر الكلمة الأخيرة.

وأما في القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان فإن الرؤية تختلف تماما عن القواعد 500، حيث أجازت المادة 3.7 لاعتمادات الضمان الاستمرار في الاعتماد وإن لم يتم سحب مبلغ ما حسب الجدول الزمني، وعليه إذا لم يسحب المستفيد من اعتماد الضمان والذي يحتكم في مواده حسب القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان، فإن ذلك المبلغ الذي لم يسحب في مواعده يسقط فقط ومن دون سقوط أحقية المستفيد في المطالبة بالسحوبات بالنسبة للمبالغ التي تليها حسب الجدول الزمني، والسبب يعود في ذلك إلى طبيعة اعتمادات الضمان التي لا يجب أن يطالب المستفيد بالوفاء إلا في حالة وجود مخالفة تستدعي المطالبة. ومن دون وجود هذه المادة فإن القواعد الجديدة سوف تجحف حق المستفيد في المطالبات اللاحقة للسحب الذي لم

يتقدم به حسب الجدول الزمني أو يعطي المستفيد الصلاحية في المطالبات التعسفية إذا ما أقدم على مطالبة المصدر بالتعويض عن السحب الذي لم يتم في وقته.

وعليه كان سبب اعتمادات الضمان ما هو إلا تقديم وسادة مريحة للمستفيد لتعويضه عن ضرر ما قد يصيبه جراء تعامله مع طرف آخر، وعليه يتوجب هنا توضيح مسألة التعويض عن الضرر.

يعتبر كتاب التعويض عن الضرر بمثابة كتاب يصدر من المتضرر INDEMNITEE لطرف ما INDEMNITOR لتعويضه عن ضرر ما قد أصابه جراء معاملة ما، وذلك للحصول على مبلغ معين أو قابل للتعيين من ذلك الطرف "المتعهد بالدفع" نتيجة لأي خسائر أو تلف قد يتكبده ذلك الطرف¹.

وفي بعض الأحيان، قد ينظر إلى تعريف "التعويض عن الضرر" بأنه يشابه تماما خطاب الضمان، ولكنه ليس كذلك إذا كان مصدر اعتماد الضمان ليس الأمر. فإذا كان المصدر لخطاب اعتماد الضمان ليس طرفا أجنبيا عن العقد الذي صدر خطاب اعتماد الضمان من أجله²، فإن لذلك المصدر الحق في رفض الوفاء للمستفيد في حالة المطالبات التعسفية والبعيدة عن الصدق.

والحال ليس كذلك إذا كان مصدر اعتماد الضمان طرفا آخر وأجنبيا عن العقد المبرم بين الأمر والمستفيد، فإذا ما قام المستفيد وقدم المستندات المطلوبة في اعتماد الضمان توجب على المصدر الوفاء بالتزامه إلا إذا كان هناك شرطا مباشرا ضمن الاعتماد يجعل من مصدر اعتماد الضمان طرفا في الحكم على صحة المطالبات المقدمة من المستفيد على اعتماد الضمان، أو شرطا غير مباشر يجعل من مصدر الاعتماد طرفا في التحقق في صحة مطالبة المستفيد. ولتوضيح هذه المسألة نطرح هذا المثال:

إذا أصدر بنك اعتمادا مستنديا لمستفيد بناء على طلب عميل له (الأمر) لتغطية قيمة مستندات تمثل شحن معدات، ومن شروط هذا الاعتماد المستندي تقديم المستفيد (المصدر للبضائع) من الاعتماد المستندي كفالة لصالح الأمر أو اعتماد ضمان بنسبة 10% من قيمة الاعتماد المستندي وذلك

¹ راجع الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني للمؤلف.

² على اعتبار أن مصدر خطاب اعتماد الضمان ليس مصرفا ينوب عن الأمر وذلك في جميع الحالات.

بمثابة تعويض الأمر في الاعتماد المستندي في حالة عدم التزام المستفيد في شحن البضاعة والتي فتح الاعتماد المستندي بسببه، ومن ثم لجأ ذلك المستفيد من الاعتماد المستندي الى نفس البنك الذي أصدر الاعتماد المستندي لصالحه وقدم طلبا لإصدار كفالة بنكية أو اعتماد ضمان لصالح الأمر في الاعتماد المستندي.

فإذا أصدر ذلك البنك الكفالة البنكية أو اعتماد الضمان لصالح الأمر في الاعتماد المستندي، وكان ذلك الضمان لتعويض الأمر في الاعتماد المستندي في حالة عدم شحن البضاعة، فإن مطالبة الأمر في الاعتماد المستندي وهو المستفيد من الكفالة البنكية أو اعتماد الضمان يجب أن ترفض من قبل البنك المصدر لذلك الضمان إذا كانت المطالبة بسبب تقديم المستفيد من الاعتماد المستندي مستندات مخالفة لشروط الاعتماد المستندي مثل التأخير في شحن البضاعة، أو بسبب خلاف في القوائم التجارية أو شهادة المنشأ أو أي مستند آخر. والسبب في وجوب الرفض، هو عدم وجود ما يثبت أن المستفيد لم يقدّم بشحن البضائع لوجود المستندات التي تمثلها، إلى جانب أن الغرض الذي صدر من أجله الضمان لم يتضمن في تعويضها عن الضرر بسبب تقديم مستندات على الاعتماد المستندي مخالفة لشروطه، ولكن، إذا كان شرط المطالبة في اعتماد الضمان أو الكفالة البنكية تقديم المستندات مقابل الاعتماد المستندي حسب شروطه، فيتوجب هنا على مصدر الضمان الوفاء. وأما إذا وافق الأمر في الاعتماد المستندي على الخلافات في المستندات فإنه يتعين كذلك على البنك المصدر للضمان رفض الوفاء، ويعزى السبب في ذلك أن قبول الخلافات بالمستندات تعتبر تعديلا على الاعتماد المستندي لتلك الشحنة فقط إذا كان الشحن جزئيا، ولا يمتد قبول الخلافات في المستندات للمستندات الأخرى والتي قد تقدم من قبل المستفيد للشحنات الأخرى، حيث يتعين عليه الالتزام بشروط الاعتماد المستندي.

بيانات الخلل بالالتزام أو أسباب المطالبات الأخرى:

إن المادة 4.17 تنص في معناها بأنه في حالة اشتراط اعتماد الضمان جملة أو شهادة أو سرد لخلل في الالتزام أو أي سبب آخر للمطالبة والتي لا تحدد المحتوى، يكون المستند سليما إذا تمثل فحوى المطالبة حسب ما نص عليه اعتماد الضمان ومؤرخ، ويحمل فيه توقيع المستفيد.

إن فحوى المادة 4.17 في القواعد الجديدة جاءت متوازية في بعض الشيء للمادة 21 من القواعد 500 والتي أجازت للبنوك قبول المستندات الإضافية كما قدمت إذا لم يذكر الاعتماد المستندي أي نصوص وبيانات محددة شريطة أن تتوافق بياناتها مع المستندات الأخرى.

الفصل في مسؤولية مصدر اعتماد الضمان وفروعه والعكس:

إذا ما نظرنا الى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية في القواعد 500، فإننا سنجدتها تذكر أن فروع البنك المتواجد في بلدان أخرى تعتبر بنكا مستقلا. أي أن المستفيد لا يمكنه إلزام المكتب الرئيسي الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي الصادر من أحد فروع ذلك البنك الذي أخل بالوفاء شريطة أن يكون الفرع متواجدا في بلد آخر.

وأما في القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان، فتذكر المادة 2.02 أن المكتب الرئيسي ليس مسؤولا على الاعتمادات الصادرة من فروعها وإن كان ذلك الفرع في نفس البلد المتواجد فيه المكتب الرئيسي. ويعتقد البعض أن هذه المادة تتعارض مع القوانين في أكثر البلدان في العالم والتي تشير قوانينها على وحدة الموجودات والمطلوبات بالنسبة الى الفروع والمؤسسة الأم سواء كانت في نفس البلد أو في بلد آخر.

وأما عن رأينا في هذا المجال، فإن المستفيد لا يحق له إلزام المكتب الذي لم يصدر الاعتماد وإن كان أحد فروع ذلك المكتب وذلك أثناء المطالبة. إلا أنه لا يعني ذلك عدم أحقية المستفيد في اللجوء الى القضاء لمقاضاة المكتب الذي أصدر الاعتماد ومن ثم التنفيذ على أي من مكاتب المصدر والتي قد تنتشر في نفس البلد و/أو البلدان الأخرى إذا ما صدر الأمر القضائي، وذلك حسب الاتفاقيات الدولية المطبقة بين البلدان، الى جانب ذلك يتعين علينا فهم مبدأ مهم جدا في أن القواعد الصادرة من الغرفة التجارية الدولية والتي لا تعتبر قوانين وبالتالي فإن القضاء سينظرون بعين الاعتبار الى التشريعات الصادرة في بلادهم وبالتالي الحكم على أساس ذلك التشريع.

وليضمن المستفيد من اعتماد الضمان فإنه يتعين عليه استثناء هذه المادة (2.02) من اعتماد الضمان الصادر لصالحه ليكون في الأمان.

تبليغ اعتماد الضمان:

كما ذكرنا في بداية بحثنا، إن اعتماد الضمان يمكن إصداره من قبل أي شخص كان، سواء شخص ذو شخصية طبيعية (أنا وأنت) أو من له شخصية اعتبارية (شركة) أو بنك.

وكذلك الحال عند تبليغ اعتماد الضمان، فحسب المادة 2.04 من القواعد الجديدة فإن اعتماد الضمان يستطيع أن يسمى شخصا ما لتبليغه أو تحويله أو تعزيزه وتأكيده أو لدفع قيمته أو تداول مستندات أو القيام بالتعهد بالدفع الآجل أو قبول السحب (الكمبيالة الآجلة الدفع).

وهذه المادة تخالف المادة 7 - الفقرة "أ" من القواعد 500، حيث لا تسمح تلك القواعد تسمية أي طرف يقوم بالتبليغ سوى بنك، وعليه تذكر المادة "يجوز أن يتم تبليغ الاعتماد للمستفيد من خلال بنك آخر "البنك المبلغ" (The Advising Bank)، دون إلزام على البنك المبلغ، غير أنه يترتب عليه، إذا اختار أن يقوم بالتبليغ، أن يبذل العناية المعقولة لفحص ظاهر صحة الاعتماد الذي يقوم بتبليغه. وإذا اختار البنك أن لا يقوم بتبليغ الاعتماد، فيجب عليه أن يعلم البنك مصدر الاعتماد بذلك دون أي تأخير".

ومن هنا يتبين لنا إلزام البنك الذي يقوم بتبليغ الاعتماد المستندي بالتحقق من صحة توقيع البنك المصدر للاعتماد.

وكذلك الحال بالنسبة لتعزيز وتأيد الاعتماد المستندي، فقد ذكرت المادة 9-ج" الآتي: "إذا طلب البنك مصدر الاعتماد أو فرض بنكا آخر أن يضيف تعزيزه إلى الاعتماد ولم يكن البنك الأخير على استعداد للقيام بالتعزيز، فعليه أن يبلغ البنك مصدر الاعتماد بذلك دون تأخير".

وعليه فإن القواعد 500 لا تجيز أن يؤيد أو يعزز الاعتماد المستندي أي شخص طبيعي أو أي من الأشخاص من الشخصيات الاعتبارية إلا إذا كان بنكا.

وأما بالنسبة للطرف الذي يقوم بالدفع أو التداول أو القبول أو القيام بالتعهد الآجل، فإن المادة الثانية في فقراتها الأولى، والثانية، والثالثة من القواعد 500، لا تجيز أي طرف كان بالقيام بهذه الأعمال دون البنوك عكس

المادة 2-04 من القواعد الجديدة. هذا وتكون هذه المادة متوازية مع اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة¹.

طبيعة اعتماد الضمان:

تذكر المادة 1.06-a بأن اعتماد الضمان بطبيعته باتا، أي غير قابل للإلغاء، ومستقلا، ومستنديا وملزما على الجانب الذي أصدره دون الحاجة لذكر ذلك. والفقرة "B" من نفس المادة تعزز هذا المبدأ، حيث ذكرت في فحوى مفهومها "بسبب كون اعتماد الضمان غير قابل للإلغاء وملزما على الطرف الذي أصدره، فإن اعتماد الضمان لا يمكن تعديله أو إلغاؤه بواسطة من أصدره فيما عدا إذا ما نص عليه اعتماد الضمان بنفسه أو موافقة الطرف المقابل للتعديل أو الإلغاء".

وتعزز الفقرة "C" مبدأ استقلالية اعتماد الضمان من العقد الذي صدر الاعتماد بسببه، والتي جاءت بها المادة 1.06، حيث أضافت توضيحا لا يقبل للشك أو الطعن والذي مفاده:

(a) بسبب كون الضمان مستقلا فإن سريان التزامات المصدر بموجب الضمان لا يعتمد على:

(i) حق أو قدرة المصدر الحصول على تغطية من الأمر؛

(ii) حق المستفيد الحصول على السداد من الأمر؛

(iii) إشارة في الضمان لأي اتفاقية تغطية أو صفقة ماثلة؛ أو

(iv) معرفة المصدر لتنفيذ أو إخلاله لأي اتفاقية تغطية أو صفقة مماثلة.

ومن هنا يجب على البنوك تغيير طريقة عملها في حالة عدم قبولها إضافة التأييد والتعزيز على اعتمادات مستندية و/أو ضامنة و/أو خطابات ضمان، بالاستفادة من القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان، والتوقف عن طلب التأييد من قبل بنك ثان على الاعتماد المستندي كشرط أساسي لإضافة تعزيزهم وتأييدهم على تلك الاعتمادات. وكذلك الحال بالنسبة للتأييد

¹ راجع الباب الثالث والخاص باتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة.

والتعزيز المكتوم والمسمى Silent Confirmation، وذلك عندما يعزز البنك الاعتماد المستندي دون تخويل وإن مسبق من قبل البنك الفاتح للاعتماد، والسبب في ذلك يرجع للآتي:

(1) تكمن المشكلة بالنسبة لتأييد وتعزيز الاعتماد من طرف ثان (بنك) كشرط أساسي لإضافة البنك المسمى (المراسل) تعزيزه على الاعتماد - والمعروف Soft Confirmation - في عدم استطاعة البنك الثاني رفض الوفاء للبنك المسمى إذا ما تعلل البنك المصدر للاعتماد بوجود خلافات في المستندات سواء كانت خلافات جوهرية أو مصطنعة للتوصل من التزاماته.

(2) وأما بالنسبة للتأييد والتعزيز المكتوم Silent Confirmation - دون علم أو إذن من قبل البنك الفاتح للاعتماد، فإن المخاطرة الحقيقية تكون على البنك والذي قد يشكل خطراً عليه من الناحية الائتمانية، فإنه يضع نفسه ملزماً في الوفاء أمام المستفيد بسبب تأييده للاعتماد بعيداً عن مسرح الاحتكام والتظلم القضائي، لاعتباره طرفاً من غير ذي صفة أمام البنك المصدر للاعتماد المستندي والقضاء، وبالتالي فإنه يضع نفسه محل التزام قطعي وبات أمام المستفيد كطرف الفضولي حسب ما نصت عليه القوانين¹.

الطريقة الأفضل لتعزيز الاعتمادات:

إذا ما طلب من بنك مراسل إضافة تأييده على اعتماد مستندي أو اعتماد ضمان، وكان الطلب غير مقبول بسبب وضع بعض الشروط أو عدم قناعة البنك المراسل بجدوى المخاطرة التي قد يتحملها جراء إضافة تأييده على الاعتماد، فإنه من الأفضل الطلب من البنك المصدر للاعتماد بالتقدم إلى بنك ثالث ليصدر الأخير اعتماد ضمان حسب القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان النشرة 98 الصادرة من الغرفة التجارية الدولية، والتي بمقتضاها تفصل طبيعة الالتزامين بالشكل والجوهر والموضوع فصلاً تاماً بين الاعتماد المطلوب إضافة التعزيز عليه، وبين الآخر الذي صدر لتغطية مخاطرة البنك المعزز للاعتماد.

¹ راجع مواد القانون المدني الكويتي في الملحق - من المواد 268 إلى 278 - الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بأمر عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك. وإذا لم تتوافر في الفضولي أهلية للتعاقد، فلا يكون في قيامه مسؤولاً إلا في حدود ما أثرى به، وذلك ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع.

فلو قام البنك المصدر للاعتماد بنقض تعهده والتزامه لسبب أو لآخر، استطاع هذا المراسل الذي أضاف تأييده مطالبة البنك المصدر لاعتماد الضمان وتغطية مطالباته بالكامل دون حق في الاعتراض من قبل البنك المصدر لاعتماد الضمان أو أي طرف آخر.

الطرف المعزز والمؤيد:

خالفت القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان الأصول والأعراف الموحدة لاعتمادات المستندية، حيث صرحت المادة 1.11-C بجواز تأييد اعتماد الضمان بواسطة أي طرف دون أن يكون ذلك الطرف بنكاً، واعتبرته في حالة التعزيز كما لو كان مصدراً لاعتماد آخر. والسبب في جواز تعزيز الاعتمادات الضامنة من قبل أي شخص أو طرف هو الأصل، والذي أعطى الصلاحية والتصريح لإصدار الاعتمادات الضامنة من أي طرف أو شخص طبيعي أو من له صفة معنوية أو اعتبارية، ومن دون اقتصار صلاحية إصدار الاعتمادات الضامنة على البنوك.

القوة القاهرة:

خلافًا بما نصت عليه المادة 17 من الأصول والأعراف الموحدة لاعتمادات المستندية¹، صرحت القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان بمادتها 3.14-a بضمان شرط القوة القاهرة والتي بسببها تعطل أعمال مصدري اعتمادات الضمان مثل الاحتلال العسكري، والحروب، والكوارث الطبيعية، والإضرابات، فذكرت المادة سالفه الذكر بأن "اعتماد الضمان يتمدد تلقائياً لمدة ثلاثين يوماً بعد تاريخ انتهاء الاعتماد إذا صادف تعطيل الطرف المصدر للضمان بسبب قوة القاهرة".

ويعتقد المعارضون لتلك القواعد الجديدة بأن الغرفة التجارية الدولية تتصرف بحماقة إزاء الطرف المصدر لاعتماد الضمان²، حيث جعلت الاعتماد مفتوح الصلاحية، فتتأسى أولئك المعارضين على ما قد تسبب القوة القاهرة من ويلات على المستفيد من اعتماد الضمان، والمثال واضح فيما

¹ I.C.C. Publication No. 500

² حسب ما جاء من ملاحظات في بعض الندوات المفتوحة التي حضرتها في هذا الشأن خارج الكويت.

نكرناه بالنسبة لدولة الكويت، حيث خسرت البنوك الكويتية الكثير بسبب تعطيل أعمالها من الفترة ما بين 1990/8/2 لغاية 1991/3/15.

إلى جانب ذلك، فإن المعارضين لهذه المادة تتأسوا المادة رقم 1.01-C من القواعد الجديدة والتي أعطت مصدر اعتماد الضمان الحق في تعديل أي مادة يشاء من مواد القواعد الجديدة و/أو حذفها.

وأعتقد شخصيا بأنه من الأفضل تعديل هذه المادة (3.14-C)، لتدخل تعطيل مكاتب طرفي اعتماد الضمان - المصدر والمستفيد - بسبب القوة القاهرة وعدم اقتصارها على تعطيل مكاتب المصدر لاعتماد الضمان، فإذا ما عطلت مكاتب المستفيد بسبب القوة القاهرة، وشمل ذلك التعطيل وتوقف الأعمال تاريخ انتهاء صلاحية اعتماد الضمان، فإن المستفيد سيتكبد خسائر فادحة بعد إعادة فتح مكاتبه وعودته إلى مزاولة عمله من جديد كما كانت عليه سابقا. إلى جانب تعديل مدة التمديد من 30 يوما إلى 90 يوما على الأقل، حيث إن إعادة تأهيل مكاتب المستفيد أو المصدر بعد زوال القوة القاهرة يتطلب الكثير من الوقت، وعليه يصبح نص التعديل حسب رأينا التالي:

Article No. 3.14-C from ISP 98 is amended to read as follows:
"If on the last business day for presentation and/or place of validity stated in a standby is for any reason closed and/or presentation is not timely made or sent because of the closure, then the last day for presentation is automatically extended to the day occurring ninety calendar days after the place for presentation and/or claim to be prepared re-opens for business".

وبالطبع قد لا يحتاج أي طرف من أطراف اعتماد الضمان الإبقاء على (المادة 3.14-a) وهو شرط ضمان القوة القاهرة، ولكنني اعتقد بوجوب الإبقاء على شرط ضمان القوة القاهرة مع التعديل الذي اقترحنه ليس لخطابات اعتماد الضمان فحسب، بل يجب أن يضاف كذلك على خطابات الضمان والكفالات إذا كان الأساس في إصدار هذه الضمان لضمان تسديد قروض.

وللاشارة فقط، فقد نصت المادة 17 من الأصول والأعراف الدولية للاعتمادات المستندية بخصوص القوة القاهرة الآتي:-

" لا تتحمل البنوك أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن انقطاع أعمالها بسبب القضاء والقدر أو أعمال الشغب أو الاضطرابات المدنية أو التمرد أو الحروب أو أي أسباب أخرى خارجة عن سيطرتها أو بسبب أي إضراب أو إغلاق تعجيزي (Lockouts). وما لم يكن لديها تفويض خاص لا تقوم البنوك لدى استئناف أعمالها بالدفع أو التعهد المؤجل أو قبول سحب/ سحبيات أو بالتداول بموجب الاعتمادات التي انتهت مدة سريانها أثناء انقطاع أعمال البنك ".

والسبب وراء هذه المادة وخلافها مع المادة 3.14-a من القواعد الجديدة لاعتمادات الضمان الآتي:-

(1) إن غالبية الاعتمادات المستندية تصدر بسبب شحن بضائع، وبالتالي لن يتمكن البائع من تصدير بضائعه عند تدخل القوة القاهرة، ولكن خسارته تكمن فقط في حالة شحنه البضاعة ومن ثم مغادرة الشحنة بلده أو مدينته دون أن يتمكن من إعداد وتقديم المستندات بوقت محدد بسبب القوة القاهرة، وهذا الاحتمال ضئيل جدا حسب ما خبرته في تصفية الاعتمادات المستندية التي صدرت من البنوك الكويتية قبل 1990/8/2. فقد استطاع الغالبية من المصدرين إعادة شحن بضائعهم إلى المنشأ أو بيعها في سوق دول الخليج أثناء الاحتلال العراقي.

(2) إذا ما قدمت المستندات للتداول و/أو الدفع و/أو التعهد بالدفع المؤجل أو قبول سحب/ سحبيات بموجب الاعتماد المستندي حسب الأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية، فإن البنك الفاتح للاعتماد سيكون ملزما بالوفاء بعد زوال القوة القاهرة بسبب تقديم المستندات ضمن صلاحية الاعتماد المستندي إلى مكاتب ذلك البنك المسمى (المخول بالقيام بتلك الأعمال)، وهذا ما حصل بعد تحرير دولة الكويت¹.

(3) تعتبر اعتمادات الضمان بمثابة كفالات أو خطابات ضمان حسب صياغة نصوصها، وبالتالي تكون الرغبة متواجدة لدى الكثيرين في الإبقاء بشرط القوة القاهرة، وكان مثالنا على ذلك البنك الذي يقوم بتسليف عميل لجنبي يتبع في تعاملاته البنك المراسل، وبالتالي إذ ما قام البنك المحلي منح

¹ راجع الخطوات التي نفذتها البنوك الكويتية بعد تحرير دولة الكويت - الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف الفصل الثاني - القوة القاهرة.

التسليف مقابل ضمان المراسل وتعطلت أعمال المراسل بسبب قوة القاهرة خارجة عن إرادته وانتهت صلاحية اعتماد الضمان في تلك الفترة، فإن ذلك البنك المانح للقرض سيصبح في موقف لا يحسد عليه على الإطلاق.

(4) إن طبيعة اعتمادات الضمان من تسميتها تختلف عن الاعتماد المستندي، فقد يرغب الأطراف في وجود شرط ضمان القوة القاهرة لهذه الطبيعة والخاصية الفريدة.

ومع الأسف الشديد يسرد البعض قصصا دون تقديم إثبات أو دليل أو إشارة إلى مصدر الحكم والذي مفاده حسب ادعائهم¹ "وجود هذا النص حسب الطريقة الأمريكية في الأحكام حيث إن القضاة هناك عليهم أن يحكموا مقابل النص وبعيدا عن الإفتاء² فكان سبب وضع المادة في القواعد الجديدة هو رفض الوفاء لبنك أمريكي بسبب تعطيل أعمال أحد البنوك لإضراب الموظفين، وكان الإضراب مفتعلا مقابل رشوة ليتصل الأمر من الوفاء بالتزاماته وبالتالي يسقط التزام البنك المصدر للضمان بسبب سقوط صلاحية الضمان أثناء الإضراب، وعليه وضعت هذه المادة تقاديا لهذه النوعية من الأعمال غير المسؤولة³.

وبالطبع تناسى من ذكر هذه القصة الغريبة مرة أخرى المادة 1.01-C والتي أعطت الحق لمن يرغب بإلغاء أي مادة و/أو تعديل أي من المواد من القواعد الجديدة، إلى جانب تناسيه ما ذكر في آخر سطر من المادة 3.14-a من القواعد الجديدة عبارة "Unless the Standby otherwise provides" - أي - "إلا إذا نص اعتماد الضمان على خلاف ذلك".

وختام القول، فإن هذه المادة الخاصة بالقوة القاهرة قد تطول وتمدد مدة الالتزام لمدة أطول مما هو مخطط له بالنسبة للطرف المصدر لاعتماد الضمان والآخر المؤيد له.

ولكي يستطيع المصدر والمؤيد لاعتماد الضمان حماية نفسيهما من زيادة الأمد في الالتزامات بخصوص القوة القاهرة كما شرحنا سابقا، فإنه يتعين عليهما إضافة الفقرة التالية في الضمان: "إذا امتد تعطيل العمل بسبب

¹ خلال بعض الندوات التي عقدت في بعض الدول العربية.

² وهذا ليس صحيحا إذا ما راجعنا القضايا الأمريكية التي استعرضها الكتاب.

³ لم يذكر أسماء البنوك أو الدول - والمنصف هو الذي يحكم وعليه نعتبر الادعاءات مجرد تهريج ما لم يأت من ادعى الحدث بالدليل.

القوة القاهرة و/أو لأسباب الإغلاق التعجيزي عن 6 شهور من آخر يوم لتقديم المطالبات يصبح الالتزام في اعتماد الضمان غير متاح.

“In case the closure of the business due to Force Majeure and/or Lockouts exceeded 6 months from the last day for presentation then our liability under this Standby Credit ceases to be operative”.

تضارب شرط القوة القاهرة مع وقت التقادم:

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، ما هو مدى تضارب هذه المادة إذا تعطلت مكاتب المصدرين لاعتمادات الضمان والمؤيدين مع فترة التقادم المنصوص عليها في قوانين الدول المختلفة. بالطبع لا توجد علاقة بين القوة القاهرة والتقادم بسبب اتفاق ذوي الشأن - المصدر والمستفيد - على تجديد الضمان تلقائياً لفترة 30 يوماً بعد إعادة المصدر مزاوله أعماله.

ولا بأس في أن نشير للعلم فقط عن فترة التقادم للالتزامات في المسائل التجارية، فبالنظر إلى المادة 118 من قانون التجارة الكويتي في تقادم الالتزامات في المسائل التجارية فذكرت الآتي: "في المسائل التجارية تتقادم التزامات التجار المتعلقة بأعمالهم التجارية قبل بعضهم البعض بمضي عشر سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على مدة أقل. وكذلك تسقط بمرور عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في المنازعات الناشئة عن الالتزامات المبينة بالفقرة السابقة".

وتذكر المذكرة الإيضاحية في نفس الموضوع، "كما جعلت المادة 118 مدة تقادم الالتزامات التجارية عشرة سنوات - بدلاً من خمس عشرة سنة المقررة للتقادم المدني - وقد روعي في تخفيض مدة التقادم أن التجار ينشطون عادة إلى المطالبة بحقوقهم ويواصلون السعي في تحصيلها لحاجتهم الدائمة إلى المال وهو ما اتجهت إليه كثير من التشريعات كالقانون السوري واللبناني والعراقي".

**اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة
بالكفالات المستقلة
وخطابات الاعتمادات الضامنة**

اتفاقية الأمم المتحدة الصادرة من لجنة الأمم المتحدة

للقانون التجاري الدولي UNCITRAL

بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة INDEPENDENT GUARANTEES & STAND-BY LETTERS OF CREDIT والتي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي UNCITRAL في 1995/ 12/11 ووضعتها متاحة أمام الدول الأعضاء في اللجنة الدولية للانضمام إليها حتى تاريخ 1997/12/11 دون إيداء أي تحفظات عليها وذلك وفقا لنص المادة 27.

أثناء تواجدي في لندن في شهر يونيو من عام 1996، كانت الأوساط البنكية و رجالات القانون يتحدثون بأصوات ذات نبرات مختلفة التردد عن الاتفاقية، فمنهم من كان مرحبا بصدور الاتفاقية ومنهم من تحفظ.

عند التوغل في مواد الاتفاقية يستخلص المرء هدفا أساسيا فريدا ألا وهو، تقليص التناقض في الأدوات البنكية مثل اعتمادات الضمان STANDBY CREDITS والكفالات المستقلة، وعند دراستها عن كثب سيجد أنها جاءت بمضامين جيدة، وفيها إستحداثات فكرية جديدة خصوصا للدول التي لا ينظم قانونها التجاري تلك الأدوات البنكية بطريقة فعالة.

فقد أخرجت الاتفاقية الجديدة خطابات الضمان من مضمونها في المطالبة الصورية والتعسفية إذا ما قارناها بقانون التجارة الكويتي، وكذلك قوانين معظم الدول، والتي تسمح بنصوص موادها في المطالبات التعسفية والذي يلجأ إليه المستفيد في الكثير من الأحيان لابتزاز الأمر في خطاب الضمان أو ابتزاز البنوك باتفاق مبطن بين المستفيد والأمر، مستغلين نص المادة 385 من قانون التجارة الكويتي الذي لا يجيز للبنك رفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع لعلاقة الأمر بالمستفيد أو علاقة الأمر بالبنك.

فإنني أرى أن انضمام دولة الكويت لتلك الاتفاقية سيكون له آثار إيجابية كثيرة ، حيث أن الاتفاقية لن تمس بأي شكل من الأشكال قانون التجارة الكويتي أو أي قانون معمول به، بما يخص خطابات الضمان وغيرها من أنواع الكفالات المختلفة، عندما تكون هذه التعهدات البنكية صادرة من بنوك محلية لصالح مستفيدين في دولة الكويت أو خارجها مباشرة. حيث إن الاتفاقية تعرض بنظام دولي وليس لها علاقة بقانون التجارة الكويتي أو قوانين الدول الأخرى والذي يسد باب شبهة التعارض ، فالاتفاقية خاضعة للدول.

وأما بالنسبة لخطابات الضمان المساندة COUNTER GUARANTEES لخطابات ضمان البنوك الأجنبية التي تصدر لمستفيدين خارج الكويت والعكس، فإن الولاية القضائية ستكون حسب نص المادتين 21 و 22 من الاتفاقية - حيث يخضع التعهد للقانون الذي نص عليه التعهد أو حسب اتفق المصدر والمستفيد. وفي حالة عدم اختيار القانون، يخضع التعهد لقانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل المصدر الذي اصدر فيه التعهد.

أسباب الاتفاقية:

تشعبت الخلافات بين دول العالم في تطبيق القانون الواجب إتباعه في حالة نشوب نزاعات CONFLICT IN LAW، الأمر الذي أدى إلى تعقيد في التجارة الدولية لتعددية القوانين الوضعية والعرفية في مختلف دول العالم، وخصوصا في مجال خطابات الضمان والكفالات الدولية وخطابات اعتماد الضمان.

إن وضع أسس متعارف عليها من قبل UNCITRAL سيكون له الأثر الطيب في القضاء على ظاهرة تعدد القواعد والقوانين بين مختلف دول العالم في التجارة الدولية مما سيساعد على تقليص هوة الخلافات بين الدول التي ستضم لتلك الاتفاقية، إلى جانب توضيح كيفية التعامل مع خطابات الضمان المستقلة (خطابات الضمان البسيطة DEMAND GUARANTEES و الكفالات SURETY) وخطابات الاعتماد الضامنة STANDBY CREDITS، ناهيك أن توحيد مدلولات المصطلحات التي تستخدم فيها والتي تثير الكثير من اللبس لغموض بعض العبارات والمصطلحات وطريقة تفسيرها من بنك إلى آخر.

قبي الكثير من دول العالم وخصوصا العالم الثالث، فإنها لا تعتد بتاريخ إنتهاء صلاحية الضمان، حيث يسقط التزام الطرف المصدر للتعهد عند استلام تلك المصدر لأصل الضمان، إلى جانب أن قوانين تلك الدول لا يتضمن خطابات الضمان ومدلولاته، حيث ان الكثير من المطالبات لا يعتد بها دون التأكد من صحة المطالبة المقدمة من المستفيدين الأمر الذي لا يضمن استقلالية الأطراف عن المعاملات السببية.

ملخص الاتفاقية:

1- لا تكون الاتفاقية الدولية خاضعة لخطابات الضمان الكويتية الصادرة لمستفيدين في الكويت أو أي خطابات ضمان / تعهدات صادرة دوليا عندما تكون خاضعة لولايات قضائية يتم تحديدها في تلك الضمانات والتعهدات سواء كانت بنكية أو غيرها. حيث أقرت الاتفاقية في مادتها الفرعية (1-ب) بأن القانون الخاص والولاية القضائية المصرحة في خطاب الاعتماد أو خطابات الضمان الدولية هو القانون المصرح به موضع التطبيق وليس الاتفاقية موضوع البحث. وكذلك فقد نصت المادة (22) أنه في حالة عدم اختيار القانون الذي سيطبق عليه التعهد، فإن التعهد سيخضع لقانون الدولة التي يقع فيها عمل الكفيل / المصدر الذي أصدر فيه التعهد.

2- أوضحت الاتفاقية بصورة جيدة تعريف الكفالات بكافة أنواعها والأطراف المتعاملين فيها، ولم تحتكر إصدار خطابات الضمان والكفالات والتعهدات من قبل البنوك كما هو منصوص عليه في المادة 382 من قانون التجارة الكويتي " خطاب ضمان تعهد من قبل بنك " .

3- تدعم الاتفاقية دعما قانونيا الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والقواعد الموحدة للتحويل وبنوك التغطية والكفالات والتي تصدرها الغرفة التجارية الدولية من أن إلى آخر.

4- تحصر الاتفاقية أدوات بنكية معينة ومحدودة مثل الكفالات المستقلة (خطابات الضمان DEMAND GUARANTEES والكفالات البنكية SURETIES) وخطابات اعتماد الضمان STANDBY CREDITS وخطابات الاعتماد المالية " الضامنة " أو المستحقة الدفع.

5- بالنظر الى بنود الاتفاقية والخوض في موادها، فإن القارئ سيلتمس أنها جاءت موازية في بعض الشيء مع قانون التجارة الأمريكي U.S. COMMERCIAL CODE C-5 وذلك بما يخص خطابات اعتماد الضمان STANDBY LCs الذي يعطي حماية أفضل للأطراف في خطابات الضمان إذا ما قارناها بالقوانين الأخرى المعمول بها في الكويت.

6- هذا فإن الاتفاقية تدعم الأصول والقواعد الدولية بجميع إصداراتها (الغرفة التجارية الدولية) ولا تتدخل بها، مثل الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية UCP ICC PUBLICATION 500 والقواعد الموحدة لبنوك التغطية ICC PUBLICATION 525 والقواعد الموحدة للحصول RC 522 .

7- كما جاء في قانون التجارة الكويتي، فإن الاتفاقية أكدت باستقلالية الأطراف عن التعهدات الصادرة، حيث يتوافق هذا المبدأ مع المفهوم الذي مفاده أن دور الكفيل / المصدر، عندما يتعلق الأمر بالتعهدات المستقلة، هو دور وكيل السداد وليس دور المحقق، متوازيًا في ذلك في بعض الشيء مع المادة 385 من قانون التجارة الكويتي والذي ينص " لا يجوز للبنك رفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع لعلاقة الأمر بالمستفيد أو علاقة البنك بالأمر ". حيث استثنت المادة 19 من الاتفاقية، بشرط حسن نية المصدر ازاء المستفيد، الامتناع عن السداد بحالة تقديم مستند مزور أو جرى تزيفه أو ان لم يكن السداد مستحقا على أساس المستندات الواردة في المطالبة والأخرى الداعمة لذلك المستند، أو عندما تكون المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها أساس يمكن تصوره في أي حال من الأحوال مثل عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي صدر الضمان من اجله. أو في حالة بطلانه من محكمة أو هيئة تحكيم.

8- ان الهدف الرئيسي هنا ما هو إلا إيجاد قدر أكبر من التوحيد على النطاق الدولي فيما يتعلق بالطريقة التي يرد بها المصدر للضمان والمحاكم على ادعاءات وجود تزوير أو تزيف في المطالبات . وقد كان هذا المجال لا يزال يمثل مجالا مزعجا وفوضويا بشكل خاص في الممارسة، لان الادعاءات بالتزوير تنزع إلى الظهور عندما يكون هناك خلاف بشأن أداء التزام تعاقدى اصلي. حيث ساعدت الاتفاقية على

تحسين المشكلة بتوفير تعريف متوافق عليه بأنواع الحالات التي يوجد فيها تبرير للخروج عن التزام السداد. حيث تخول الاتفاقية المصدر، دون أن تفرض عليه واجبا إزاء المستفيد بأن يرفض السداد عندما يجابه بتزوير أو خداع في الممارسة شريطة أن يتصرف بحسن نية. وهذا بالطبع يخالف المادة رقم 385 من قانون التجارة الكويتي والذي لا يجيز فيه للمصدر بأي حال من الأحوال رفض الوفاء للمستفيد وإن علم ذلك المصدر علم اليقين وجود خداع في الممارسة.

9- أوضحت الاتفاقية بشكل واضح أسس تنازل المستفيد عن حقه الناشئ في التعهدات لطرف ثالث، حيث ميزت الاتفاقية وفصلت بين مفهوم نقل حق المستفيد الأصلي في المطالبة بالسداد إلى شخص آخر من جهة وإحالة عائدات التعهد، إذا تم السداد، من جهة أخرى.

10- إن إحالة العائدات، خلال النقل يظل الحق بالسداد للمستفيد الأصلي ولا يمنح المحال إليه الحق في المطالبة سواء الحق في تلقي عائدات السداد، إذا تم هذا السداد بالفعل وذلك حسب نص المادتين 9 و 10 من الاتفاقية.

11- فقد نصت المادة 384 من قانون التجارة الكويتي بأنه " لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك ". وتقصد المادة هنا خلاف ما جاء في الاتفاقية، حيث أعطت الاتفاقية المحال إليه الحق في مطالبة المصدر للضمان مباشرة دون تدخل الأصيل، وهذا ما نسميه ، إن صح التعبير، المطالبات التعسفية. ونقصد هنا بالمطالبات التعسفية هو مطالبة المحال إليه مصادرة قيمة الضمان بالرغم من إنجاز الأمر شروط الاتفاقية المبرمة بينه وبين المستفيد الأصيل من خطاب الضمان والذي صدر الضمان بسببه.

12- وعليه تكون كافة التعهدات مستقلة عن المعاملة السببية (موضوع التعهد / خطاب الضمان) وسيكون الوفاء مقابل مستند أو مستندات أو أي مستندات أخرى داعمة للتأكد مما إذا كانت المطالبة والمستندات الأخرى المقدمة تتوافق في ظاهرها مع ما تقتضيه الكفالة المستقلة أو خطاب الاعتماد الضامن ، الأمر الذي سيترتب عليه خروج شروط خطابات الضمان غير المشروطة عن نطاق الاتفاقية .

13- ان معيار سلوك المصدر ، الذي يقوم على حسن النية وتوخي قدر معقول من الحرص محددة بالمعايير المتعارف عليها في الممارسات الدولية الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الضامنة، جعلت من ذلك المصدر مسؤولا ان يتصرف بحسن نية وان يترجم ذلك بالسلوك الصحيح ويحملة المسؤولية عند إهماله في صرف قيمة المطالبات.

14- جعلت الاتفاقية حدا أقصى للتعهدات المفتوحة (عندما لا يكون هناك تاريخ يحدد تاريخ إنهاء التعهد) بفترة ست سنوات من تاريخ إصدار التعهد. وهذا كفيل بالحد من المخاطرة الناجمة على البنوك الكويتية عند إصدار تعهدات غير محددة بتاريخ انتهاء .

15- إلى جانب انه سيحد من الكثير من المشاكل التي تتجم من جراء التعامل مع بنوك في دول مثل لبنان، باكستان، إندونيسيا، تركيا، سوريا، ماليزيا وغيرها من الدول والتي لا تسقط أحقية المستفيدين من المطالبة بالدفع بعد تاريخ انتهاء الكفالة. ويجب أن نتذكر بأن الدول المشار إليها هنا لا يتضمن قانونها بشكل تفصيلي عن خطابات الضمان DEMAND GUARANTEES، حيث تصدر كفالات بنكية SURETIES وذلك حسب ما يسمى بالقانون العرفي COMMON LAW .

16- وهذا العرف السائد في تلك الدول لا يتماشى مع المادة 386 من قانون التجارة الكويتي "تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها ."

17- للدولة المنظمة للاتفاقية الحق في الانسحاب منها في وقت لاحق في أي وقت بإخطار كتابي موجه إلى الوديع (الأمين العام للأمم المتحدة)، حيث يبدأ نفاذ النقص في اليوم الأول من الشهر التالي بانقضاء سنة على استلام الوديع للإخطار، وإذا حددت في الإخطار فترة أطول يكون النقص نافذا لدى انقضاء تلك الفترة .

18- فان كان هناك نزاع بين دولتين من تلك الدول المذكورة أعلاه ولم يفصح التعهد / الضمان القانون الواجب تطبيقه، وهاتان

الدولتان كانتا من الدول التي انضمت للاتفاقية موضوع البحث، فستكون تلك الاتفاقية الفيصل في النزاع .

19- وفي الختام نقول انه قد آن الأوان للدولة إدخال تعديلات تشريعية في قانون التجارة الكويتي بما يخص خطابات الضمان والاعتمادات المستندية لتكون مواكبة لمستحدثات الأمور في المجتمع التجاري الكويتي ، وكذلك بالنسبة إلى دول مجلس التعاون الخليجي، فيلحظ هذا لو عدل قانون التجارة الموحد المقترح للدول الأعضاء واقتباس مواد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتمادات الضامنة .

الملحق

**قواعد اعتمادات الضمان الدولية
الصادرة عن غرفة التجارة الدولية
النشرة رقم 590**

**International Standby Credits
Practices ISP-98
International Chamber of
Commerce
Publication No. 590**

**ترجمة المؤلف من واقع خبرته في علم المصطلحات
المصرفية والقانونية في اللغتين العربية
والإنجليزية**

محتوى قواعد اعتمادات الضمان الدولية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية النشرة رقم 590

قاعدة 1

أحكام عامة

نطاق التطبيق والتعريفات وتفسير هذه القواعد

- 1.01 النطاق والتطبيق
- 1.03 مبادئ الاستخدام
- 1.04 تأثير القواعد
- 1.05 استثناء الأمور المتعلقة بالإصدار
- المتعارف والتحايل أو سوء استخدام السحب
- المبادئ العامة
- 1.06 طبيعة الضمانات
- 1.07 استقلالية علاقة المصدر - المستفيد
- 1.08 تحديد المسؤوليات
- مصطلحات
- 1.09 مصطلحات معرفة
- (a) تعريفات
- بالتصرف عن نفسه
- المستفيد
- يوم عمل
- المؤيد
- المطالبة
- المستندات
- المسحوبات
- تاريخ انتهاء الصلاحية

- شخص
- التقديم
- المقدم
- التوقيع
- المراجع
- التقديم الإلكتروني
- التوثيق
- التوقيع الإلكتروني
- الاستلام
- 1.10 المصطلحات الفائضة وغير المرغوبة
- 1.11 تفسير هذه القواعد

القاعدة 2

الالتزامات

- 2.02 التزامات الفروع المختلفة، أو الوكالات، أو مكاتب أخرى
- 2.03 شروط الإصدار
- 2.04 التسمية
- 2.05 تبليغ الضمان أو التعديل
- 2.06 عندما يكون التعديل مفوضا وملزما
- 2.07 مسلك التعديلات

القاعدة 3

التقديم

- 3.01 تطابق التقديم بموجب الضمان
- 3.02 ما يشكله التقديم
- 3.03 هوية الضمان
- 3.04 أين وإلى من يجب التقديم المطابق
- 3.05 متى يتم التقديم بالوقت المحدد
- 3.06 تطابق وسيلة التقديم

- 3.07 فصل كل تقديم
3.08 السحب الجزئي والتقديم المتعدد ومبلغ السحوبات
3.09 التمديد أو الدفع
3.10 عدم إشعار باستلام التقديم
3.11 قواعد تنازل المصدر وقبول الأمر للتنازل عند التقديم
3.12 فقدان أو سرقة أو تشوه أو تضرر الضمان الأصلي
الإقفال بتاريخ الانتهاء
3.13 تاريخ الانتهاء في يوم عطلة
3.14 الإقفال في يوم عمل والسماح بمكان آخر بشكل معقول للتقديم

قاعدة 4

الفحص

- 4.01 الفحص لأجل التطابق
4.02 عدم فحص المستندات الإضافية
4.03 الفحص لعدم التوافق
4.04 لغة المستندات
4.05 مصدرو المستندات
4.06 تاريخ المستندات
4.07 طلب توقيع على مستند
4.08 يقتضي مستند المطالبة
4.09 الكلمات المطابقة وما بين القوس
4.10 موافقة الأمر
4.11 الشروط والبنود غير المستندية
4.12 شكايات الجمل في المستندات
4.13 عدم المسؤولية في تحديد المستفيد
4.14 اسم المكتب أو المصدر المدمج أو المعزز
4.15 الأصل والنسخ والمستندات المتعددة
4.16 طلب من أجل الدفع
4.17 إفادة الإخلال أو وقائع للسحب الآخر
4.18 مستندات قابلة للتداول

4.19 مستندات قانونية أو قضائية

4.20 مستندات أخرى

4.21 طلب إصدار تعهد منفصل

قاعدة 5

إشعار المنع والتصرف بالمستندات

5.01 إشعار عدم القبول في حينه

5.02 جملة أسباب عدم القبول

5.03 العجز بإعطاء إشعار عدم القبول في وقته

5.04 إشعار انتهاء سريان المفعول

5.05 طلب المصدر لتنازل الأمر دون طلب المقدم

5.06 طلب المصدر لتنازل الأمر بطلب من المقدم

5.07 التصرف بالمستندات

5.08 غلاف التعليمات/ خطاب الإرسال

5.09 إشعار الأمر بالاعتراض

قاعدة 6

التحويل والتنازل والتحويل بواسطة عملية قانونية

6.01 تحويل حقوق السحب

6.02 عندما تكون حقوق السحب قابلة للتحويل

6.03 شروط لأجل التحويل

6.04 تأثير التحويل على المستندات المطلوبة

6.05 التغطية للدفع على أساس التحويل

6.06 التنازل عن العائدات

6.07 طلب لأجل إقرار بالاستلام

6.08 شروط إقرار تحويل العائدات

6.09 نزاع مطالبات العائدات

6.10 التغطية عن الدفع على أساس التنازل

6.11 المحال إليه بواسطة إجراءات القانون

- 6.12 مستند إضافي في حالة السحب بإسم وريث/ خلف
6.13 إيقاف الالتزامات عندما يقوم الوريث (الخلف) بالتقديم
6.14 التغطية للدفع على أساس التحويل بواسطة إجراءات القانون

قاعدة 7

الإلغاء

- 7.01 عندما يتم إلغاء أو إنهاء ضمان غير قابل للنقض
7.02 قرار المصدر بخصوص قرار الإلغاء

قاعدة 8

التزامات التغطية

- 8.01 الحق بالتغطية
8.02 أجور الرسوم والتكاليف
8.03 استرداد التغطية
8.04 تغطية مقابلة/ ظهيرة

قاعدة 9

التوقيت

- 9.01 فترة الضمان
9.02 تأثير تاريخ الانتهاء على شخص مسمى
9.03 احتساب الوقت
9.04 وقت يوم الانتهاء
9.05 حجز الضمان

قاعدة 10

اشتراكات / مساهمات المخاطر

10.01 اشتراكات المخاطر

10.02 مساهمات المخاطر

قواعد اعتمادات الضمان الدولية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية النشرة رقم 590

قاعدة 1 RULE 1

أحكام عامة GENERAL PROVISIONS

نطاق التطبيق والتعريفات وتفسير هذه القواعد
Scope, Application, Definitions, and Interpretation of
These Rules

1.01 النطاق والتطبيق Scope and Application

- (a) يقتصر تطبيق هذه القواعد على الاعتمادات الضامنة (وتشمل الاعتمادات الضامنة للتنفيذ، والاعتمادات الضامنة المالية، والاعتمادات الضامنة للدفع المباشر).
- (b) يخضع اعتماد الضمان أو التعهد أو التعهدات الأخرى المشابهة مهما كان وصفها أو تسميتها سواء لاستخدامها محليا أو دوليا لهذه القواعد إذا نصت على أنها خاضعة لها بصراحة.
- (c) يجوز تعديل أو استثناء تطبيق أي قاعدة للتعهد الخاضع لهذه القواعد.
- (d) يشار إلى التعهد الخاضع لهذه القواعد والتي يشار إليها فيما بعد بتعبير "الضمان".

1.02 علاقة القانون والقواعد الأخرى Relation to Law and Other Rules

- (a) تكمل هذه القواعد القانون المطبق الى الحد الذي لا يحضرها ذلك القانون.

(b) تحل هذه القواعد محل الأحكام المتضاربة في القواعد الأخرى المطبقة والتي يخضع لها أيضا الضمان.

1.03 مبادئ الاستخدام Interpretative Principles

تفسير هذه القواعد كاستخدام تجاري فيما يتعلق بـ:

- (a) تكامل الضمان هي تعهدات موثوقة وفعالة للدفع؛
- (b) ممارسة ومصطلحات البنوك والأعمال في الصفقات اليومية؛
- (c) انسجامها ضمن عمليات النظام البنكي العالمي والتجاري؛ و
- (d) التوحيد في تفسيراتها وتطبيقاتها عالميا.

1.04 تأثير القواعد Effect of the Rules

ما لم يتطلب سياق النص خلافا لذلك أو ما لم ينص بصراحة تعديلها أو استثنائها تطبق هذه القواعد كبنود وشروط منصوص عليها في الضمان، أو تأييد، أو إشعار، أو تعيين، أو تعديل، أو تحويل، أو طلب إصدار، أو اتفاقية أخرى من:

- (i) المصدر؛
- (ii) المستفيد للحد الذي يستخدم به اعتماد الضمان؛
- (iii) أي استشاري؛
- (iv) أي مؤيد (معزز)؛
- (v) أي شخص تمت تسميته في الضمان الذي يتصرف أو يوافق على التصرف، و
- (vi) الأمر الذي يفوض إصدار الضمان أو يوافق خلافا لذلك على تطبيق هذه القواعد.

1.05 استثناء الأمور المتعلقة بالإصدار المتعارف والتحايل أو سوء

استخدام السحب Exclusion of Matters Related to Due Issuance and Fraudulent or Abusive Drawing

هذه القواعد لا تحدد أو بطريقة أخرى لا تنص على:

- (a) توكيل أو تفويض لإصدار ضمان؛
(b) المتطلبات الرسمية لتنفيذ الضمان (مثلا كتاب موقع)؛ أو
(c) دفع القبول على أساس التحايل وسوء الاستخدام أو الأمور المشابهة.
هذه الأمور تترك للقانون المطبق.

المبادئ العامة: General Principles

1.06 طبيعة الضمانات Nature of Standby

- (a) الضمان تعهد غير قابل للنقض، ومستقل، ومستندي، وتعهد ملزم عند إصداره دون حاجة لذكر ذلك.
(b) بسبب كون الضمان غير قابل للنقض فليس للمصدر تعديل أو إلغاء التزاماته بموجب الضمان إلا إذا نص في الضمان أو كما تم القبول به من قبل الشخص الذي تم تأكيد إلغاء أو تعديل ضده.
(c) بسبب كون الضمان مستقلا فإن سريان التزامات المصدر بموجب الضمان لا يعتمد على:
(i) حق أو قدرة المصدر الحصول على تغطية من الأمر؛
(ii) حق المستفيد الحصول على السداد من الأمر؛
(iii) إشارة في الضمان لأي اتفاقية تغطية أو صفقة ماثلة؛ أو
(iv) معرفة المصدر لتنفيذ أو إخلاله لأي اتفاقية تغطية أو صفقة ماثلة.
(d) وبسبب كون الضمان مستنديا، تعتمد التزامات المصدر على تقديم مستندات وفحص المستندات المطلوبة بظاهرها.
(e) وبسبب كون الضمان أو التعديل ملزما عند إصداره، فهو ساري المفعول أمام المصدر سواء كان أو لم يكن الأمر قد فوض بإصداره، أو تلقى المصدر رسوما أو إذا تسلم المستفيد أو استند على الضمان أو التعديل.

1.07 استقلالية علاقة المصدر – المستفيد - Independence of the Issuer - Beneficiary Relationship

التزامات المصدر تجاه المستفيد لا تتأثر بحقوق والتزامات المصدر تجاه الأمر بموجب أي اتفاقية أو عرف أو قانون مطبق.

1.08 تحديد المسؤوليات Limits to Responsibilities

المصدر ليس مسؤولاً عن:

- (a) تنفيذ أو الإخلال في أي صفقة ماثلة؛
- (b) دقة، أو صحة، أو الأثر لأي مستند مقدم بموجب الضمان؛
- (c) التصرفات أو الإغفال من الآخرين وإن تم اختيار الشخص الآخر من قبل المصدر أو من الشخص المعين؛ أو
- (d) التقيد بقانون أو أعراف أخرى فيما عدا العرف أو القانون الذي تم اختياره في الضمان أو القانون المطبق في مكان الإصدار.

مصطلحات: Terminology

1.09 مصطلحات معرفة Defined Terms

إضافة إلى المعاني المعروفة في العرف البنكي القياسي والقانون المطبق، تكون للمصطلحات التالية المعاني المذكورة أو التي تشملها أدناه:

(a) تعريفات Definitions

مقدم الطلب: هو الشخص الأمر لإصدار الضمان أو الذي تم إصدار الضمان لحسابه ويشمل، (1) شخص تقدم بإسمه ولكن لحساب شخص آخر، (2) مصدر يقوم بالتصرف عن نفسه.

المستفيد: شخص مسمى مؤهل يقوم بالسحب بموجب الضمان - أنظر القاعدة رقم 1.11(c)iii

يوم عمل: يعني اليوم الذي فيه مكان العمل مفتوح بشكل اعتيادي؛ و"يوم عمل البنوك"، يعني اليوم الذي يكون فيه البنك المعني بالعلاقة مفتوحا في المكان الذي يجب فيه تنفيذ الفعل ذي الصلة.

المؤيد: هو الشخص المسمى من قبل المصدر للقيام بإضافة تعهده الى جانب تعهد المصدر للالتزام بموجب الضمان - أنظر القاعدة 1.11(c)i

المطالبة: تعني حسب نصها، طلب دفع قيمة الضمان أو المستندات الدالة على مثل هذا الطلب.

المستندات: تعني السحب، أو المطالبة، أو سند ملكية، أو سندات ضمان استثمار، أو فاتورة، أو شهادة إخلال، أو أي عرض آخر للواقع، أو قانون، أو حق، أو رأي، والذي يكون عند تقديمه (سواء كان على ورقة أو بوسيلة اليكترونية)، تكون مؤهلة للفحص لأجل مطابقتها مع شروط وبنود الضمان.

المسحوبات: يعني - وتعتمد على سياق النص - إما مطالبة قدمت أو مطالبة للوفاء.

تاريخ انتهاء الصلاحية: ويعني اليوم الأخير للالتزام بالعرض المنصوص عليه في الضمان.

شخص: ويشمل الشخص الطبيعي، شركة، مؤسسة، شركة ذات مسؤولية محدودة، وكالة حكومية، بنك، أمين، أو أي كيان قانوني أو كيان اتحاد تجاري أو كينونة.

التقديم: يعني - ويعتمد حسب الصياغة - إما فعل تسليم المستندات لأجل فحصها بموجب الضمان أو المستندات التي تم تقديمها.

المقدم: هو الشخص الذي يقوم بالتقديم أو بالنيابة عن المستفيد أو الشخص المسمى.

التوقيع: ويشمل أي رمز تم تنفيذه أو تبنيه من قبل شخص لديه النية في تصديق مستند.

Cross References	(b) المراجع
2.06	تعديل
2.05	إشعار
3.08(f)	بشكل تقريبي (حوالي أو بالتقريب)
6.06	التنازل عن العائد
2.06(a)	التعديل التلقائي
4.15(d)	نسخة
5.08	تعليمات تغطية
2.01	احترام الوفاء/ الالتزام
2.01	المصدر
3.08(b)	تقديم متعدد
2.04	شخص مسمى
4.11	شروط غير مستندية
4.15(b)&(c)	أصلي
3.08(a)	سحب جزئي
1.01(d)	ضمان
6.01	تحويل
1.11(c)(iii)	المستفيد المحول له
6.11	التحويل عن طريق عمل القانون

(c) التقديم الإلكتروني Electronic Presentations

تكون للمصطلحات المنصوص عليه في الضمان السماح بالتقديم الإلكتروني المعاني التالية ما لم يتطلب في سياق النص خلاف ذلك.

"سجل إلكتروني" يعني:

(i) سجل - معلومات مدونة على وسيلة ملموسة (مادية) أو يتم تخزينها بطريقة إلكترونية أو بوسيلة أخرى ويتم استعادتها بشكل مرئي؛

(ii) وسيلة إلكترونية تقوم بالاتصال مع نظام لأجل استلام، تخزين، إعادة إرسال، أو خلافا لذلك لمعالجة معلومات (بيانات - نص -

نسخ- أصوات- رموز- برامج كمبيوتر- برامج كمبيوتر جاهزة-
نظام معلومات- وما شابه) ، و
iii) قابلة للتصديق وبعد ذلك لفحصها وتطبيقها وبالبند والشروط
الخاصة بالضمان.

"التوثيق" يعني: التحقق من السجل الإلكتروني بواسطة إجراء عام
مقبول أو طريقة عامة في العرف التجاري:
i) هوية المرسل أو المصدر؛ و

ii) سلامة الخطأ ناجمة عند إرسال محتوى المعلومات
سواء كان المعيار لتقدير سلامة المعلومات في سجل إلكتروني هو في
بقاء المعلومات كاملة ولم يصبها التغيير كجزء من التصديق أو تغيير
قد ينشأ في المسار الطبيعي للاتصال أو التخزين أو العرض.

"التوقيع الإلكتروني" يعني: الحروف، أو صفة، أو أرقام، أو رموز
أخرى في شكل يلحق أو يترافق بشكل منطقي مع سجل إلكتروني قام
طرف بإنشائه واعتماده بنية حاضرة لتوثيق سجل إلكتروني.

"الاستلام" يحدث عندما:

i) يدخل سجل إلكتروني بشكل قادر على المعالجة بواسطة نظام
معلومات تم تسميته في الضمان، أو
ii) قيام المصدر باستعادة سجل إلكتروني أرسل إلى نظام معلومات
آخر غير النظام الذي تم تحديده في الضمان.

1.10 المصطلحات الفائضة وغير المرغوبة: Redundant or Otherwise Undesirable Terms

a) الضمان لا يجب أو ليس بحاجة لأن يذكر بأنه:

i) غير مشروط أو مجرد (إذا ذكر بأن الدفع يجب أن يكون
بموجب شروطه بشكل فردي عند تقديم مستندات محددة)؛
ii) مطلق (إذا ذكر فإنه يشير بشكل مجرد بأنه غير قابل للنقض)؛

iii) أولي (إذا ذكر فهو يشير بشكل مجرد بأنه التزام منفصل للمصدر)؛

iv) واجب الأداء في أموال المصدر الخاصة (إذا ذكر فهو يشير بشكل مجرد بأن الدفع بموجبه لا يعتمد على توافر أموال الأمر وأن الدفع قد تم للوفاء بالتزامات المصدر المستقل)؛
v) نظيف أو يدفع عند الطلب (إذا ذكر فهو يشير بشكل مجرد بأنه واجب الأداء عند تقديم طلب كتابي أو مستندات تم تحديدها في الضمان.

b) لا يجوز استخدام المصطلح "و/أو" في الضمان (وإذا تم استخدامهما فهي تعني أي واحد منهما أو كلاهما).

c) المصطلحات التالية ليس لها معنى مفرد مقبول:

i) وسيتم إهمالها:

"callable"	"قابل للمطالبة"،
"divisible"	"قابل للتقسيم"،
"fractionable"	"قابل للتجزئة"،
"indivisible"	"غير قابل للتقسيم" و
"transmissible"	"قابل للنقل"

ii) وسيتم إهمالها ما لم تعط معاني في سياقها:

"assignable"	"قابل للتنازل"،
"evergreen"	"مفتوح"،
"reinstate"	"إعادة التجديد"، و
"revolving"	"دائري"

1.11 تفسير هذه القواعد Interpretation of These Rules

a) تفسر هذه القواعد في سياق العرف القياسي المطبق.

b) تشير "خطابات الاعتمادات الضامنة" في هذه القواعد إلى نوع مستقل من التعهد صممت له هذه القواعد، بينما يشير "الضمان" إلى تعهد خاضع لهذه القواعد.

(c) ما لم يتطلب السياق خلافا لذلك:

- (i) يشمل المصدر على المؤيد/ المعزز كما لو أن المؤيد/ المعزز كان مصدر مستقل وكان تأييده/ تعزيزه للضمان مستقل تم إصداره لحساب المصدر؛
- (ii) المستفيد يشمل شخص الذي حول له المستفيد المعين حقوق السحب ("المستفيد المحال إليه")؛
- (iii) "يشمل" تعني "تشمل ولكنها ليست محددة إلى"؛
- (iv) "أ أو ب" تعني "أ أو ب أو كلاهما"؛ ولكن "إما أ أو ب" تعني "أ أو ب، ولكن ليس كلاهما"؛ و"أ و ب" تعني "كل من أ و ب"؛
- (v) الكلمات في العدد المفرد تشمل الجمع، والكلمات في الجمع تشمل المفرد؛ و
- (vi) الكلمات في الجنس المحايد تشمل أي جنس.

(d)

- (i) استخدام العبارات "ما لم يذكر الضمان خلافا لذلك" والتي فهي حكمها في قاعدة تؤكد بأن له التحكم على القاعدة؛
- (ii) غياب مثل هذه العبارات في قواعد أخرى لا تدل بأن القواعد الأخرى لها أولوية على نص الضمان.
- (iii) إضافة إلى المصطلحات "بصراحة أو بوضوح" إلى عبارة "إلا إذا نص الضمان خلاف ذلك" أو ما في حكمها يعني أنه يجب استبعاد قاعدة أو تعديلها فقط بواسطة صياغة في الضمان المحدد وليس به أي التباس؛ و
- (iv) بينما يتم تغيير جميع هذه القواعد في نص الضمان، فإن تغيير سريان مفعول بعض هذه القواعد قد يبطل الضمان كتعهد مستقل بموجب القانون المطبق.

(e) العبارة "مذكورة في الضمان" أو ما في حكمها إلى النص الفعلي للضمان (سواء كما تم إصداره أو تم تعديله بشكل فعال)، بينما الجملة "تم النص عليه في الضمان" أو ما شابه تشير إلى كل من نص الضمان وهذه القواعد كما تم مجها.

2.01 تعهد الوفاء من المصدر والمؤيد للمستفيد Undertaking to Honor by Issuer and Any Conformer to Beneficiary

(a) يتعهد المصدر الى المستفيد بقبول التقديم الذي تبدو بظاهره تتطابق مع البنود والشروط للضمان وهذه القواعد الملحقة بمعيار قواعد الضمان.

(b) يقبل المصدر التقديم المطابق الذي قدم له بدفع المبلغ المطالب به عند الاطلاع، ما لم ينص الضمان بقبولها:

(i) يقبل السحب (الكمبيالة) المسحوب من قبل المستفيد على المصدر، في تلك الحالة فإن قبول المصدر يكون بواسطة:

(a) قبول السحب بشكل مؤقت، و

(b) بعد ذلك يدفع قيمة السحب الى حاملها عند تقديم السحب المقبول بتاريخ أو بعد تاريخ استحقاقها.

(ii) بواسطة الدفع المؤجل للطلب المقدم من المستفيد الى المصدر، في تلك الحالة فإن قبول المصدر يكون بواسطة:

(a) التزام أجل يتحقق في حينه؛ و

(b) بعد ذلك يدفع بتاريخ الاستحقاق.

(iii) بالتداول، في هذه الحالة يقبل المصدر دفع المبلغ المطالب به عند الاطلاع من دون حقه في الرجوع.

(c) يعمل المصدر بطريقة حسب الموعد إذا دفع عند الاطلاع، ويقبل السحب أو يتعهد بالالتزام بالدفع الآجل (أو إذا أعطى إشعار بعدم القبول) خلال المدة المسموح بها لفحص التقديم وإعطاء إشعار بعدم القبول.

(d)

- i) يتعهد المؤيد/ المعزز بقبول التقديم المطابق الذي قدم له بدفع المبلغ المطالب به عند الاطلاع، أو إذا نص الضمان بواسطة طريقة أخرى في القبول المنسجمة مع تعهد المصدر.
- ii) إذا سمح التعزيز/ التأييد التقديم الى المصدر، عندئذ كذلك يتعهد المعزز بالقبول عند الرفض الجائر للمصدر بواسطة التنفيذ كما لو أن التقديم قد قدم الى المعزز.
- iii) إذا سمح الضمان التقديم الى المعزز، عندئذ كذلك يتعهد المعزز بالقبول عند الرفض الجائر للمصدر بواسطة التنفيذ كما لو أن التقديم قد قدم الى المصدر.
- e) يقبل المصدر بالدفع مباشرة بواسطة المبلغ المتوفر حسب العملة المعنية في الضمان ما لم يذكر الضمان بأنها تدفع:
- i) بواسطة الوحدة النقدية للحساب، وفي هذه الحالة يكون التعهد حسب تلك الوحدة للحساب.
- ii) تسليم بنود أخرى ذات قيمة، وفي هذه الحالة يكون التعهد مقابل تسليم تلك البنود.

2.02 التزامات الفروع المختلفة، أو الوكالات، أو مكاتب أخرى Obligation of Different Branches, Agencies, or Other Offices

التزامات فروع أخرى، وكالات، أو المكاتب الأخرى لأغراض هذه القواعد، فرع المصدر أو الوكالة أو المكتب الآخر الذي يتعهد بالتنفيذ أو الذي يتعهد بالتنفيذ بالنيابة ما عدا المصدر ملتزما بتلك الصفة فقط وتعامل كشخص مختلف.

2.03 شروط الإصدار Conditions to Issuance

يصدر الضمان عندما يخرج من تحكم المصدر ما لم ينص عليه بوضوح بأنه لم يصدر في ذلك الوقت أو أنه ليس معمولاً به. ولا تؤثر الجمل بأن الضمان ليس "متاحاً" أو ليس "ساري المفعول" أو ليس "فعالاً" وما شابه، فإنها لا تؤثر بطبيعته غير القابلة للنقض وملزماً في الوقت الذي يكون فيه خارج سيطرة المصدر.

2.04 التسمية Nomination

- (a) يجوز للضمان تسمية شخص للتبليغ، أو تسلم التقديم، أو القيام بالتحويل، أو التعزيز، أو الدفع، أو التداول، أو الالتزام بالدفع الآجل، أو قبول سحب.
- (b) الشخص المسمى ليس ملزماً في التنفيذ، ما عدا النطاق الذي يتعهد المسمى القيام به.
- (c) الشخص المسمى ليس مفوضاً في إلزام الشخص الذي قام بالتسمية.

2.05 تبليغ الضمان أو التعديل Advice of Standby or Amendment

- (a) ما لم يذكر الإشعار خلافاً لذلك، فهو يشير إلى :
- (i) قيام المبلغ بالتحقيق من صحة الرسالة التي يتم تبليغها طبقاً لمعايير أعراف خطاب الاعتماد.
- (ii) يعكس الإشعار بدقة الرسالة التي تم استلامها.
- (b) على الشخص الذي طلب منه القيام بتبليغ الضمان وقرر ألا يقوم بذلك إبلاغ الطرف الطالب.

2.06 عندما يكون التعديل مفوضاً وملزماً When an Amendment is Authorized and Binding

- (a) إذ نص الضمان بصراحة بأنه خاضع "لتعديل تلقائي" بالنسبة إلى الزيادة والنقصان للمبلغ المتوفر، فإن تعديل تمديد تاريخ الصلاحية أو ما شابه، يكون ساري المفعول تلقائياً دون أي إشعار آخر أو قبول خارج ما تم النص عليه بصراحة في الضمان. (يشار أيضاً إلى تلك التعديلات بأنها تصبح سارية المفعول "دون تعديل").
- (b) عندما لا يكون هناك شرط التعديل التلقائي، فإن التعديل يلزم:
- (i) المصدر عندما يخرج عن نطاق سيطرته، و
- (ii) المعزز عندما يخرج عن نطاق سيطرته، إلا إذا ذكر المعزز بأنه لا يعزز التعديل.

(c) عندما لا يكون هناك شرط التعديل التلقائي:

- (i) على المستفيد الموافقة على التعديل ليصبح ملزماً به؛
- (ii) قبول المستفيد يجب أن يتم بواسطة وسيلة اتصال سريعة للشخص الذي بلغ بالتعديل، إلا إذا قام المستفيد بتقديم المستندات التي تتطابق مع الضمان حسب التعديل والتي لا تتطابق مع الضمان قبل ذلك التعديل؛ و
- (iii) لا يتطلب التعديل قبول الأمر بأن يكون ملزماً على المصدر أو المعزز أو المستفيد.
- (d) قبول جزئي للتعديل هو رفض لكامل التعديل.

2.07 مسلك التعديلات Routing of Amendment

- (a) يجب على المصدر الذي يستخدم شخصاً لتبليغ الضمان تبليغ جميع التعديلات لذلك الشخص.
- (b) لا يؤثر تعديل أو إلغاء اعتماد الضمان بالتزام المصدر للشخص المسمى الذي تصرف ضمن مجال تسميته قبل استلام إشعار التعديل أو الإلغاء.
- (c) لا يؤثر عدم التمديد للضمان القابل للتمديد (التجديد) التلقائي بالتزام المصدر إلى الشخص المسمى الذي تصرف ضمن مجال تسميته قبل استلام إشعار لعدم التمديد.

القاعدة 3 3 RULE

التقديم PRESENTATION

3.1 تطابق التقديم بموجب الضمان Complying Presentation Under a

Standby

يجب أن ينص الضمان إلى الوقت، والمكان، والموقع من ذلك المكان إلى الشخص والوسيلة التي يجب بها التقديم. وإذا كان كذلك، يجب أن يتم التقديم لأجل مطابقتها. وإلى النطاق الذي لا يذكر به، يجب أن يتم التقديم طبقاً لهذه القواعد ليتم مطابقتها.

3.02 ما يشكله التقديم What Constitutes a Presentation

يشكل استلام المستند المطلوب والذي تم تقديمه بموجب الضمان التقديم المطلوب للفحص لأجل تطبيقها مع البنود والشروط للضمان حتى ولو لم يتم تقديم جميع المستندات المطلوبة.

3.03 هوية الضمان Identification of Standby

- (a) يجب على التقديم تحديد الضمان الذي بموجبه تم التقديم.
- (b) يجوز للتقديم تعريف الضمان بواسطة ذكر مرجعه الكامل واسم وموقع المصدر أو بواسطة إرفاق أصل الضمان أو صورة عنه.
- (c) إذا لم يتمكن المصدر تحديدا في ظاهر المستند الذي تم استلامه بأنه يجب تنفيذه بموجب ضمان أو لم يستطع تحديد الضمان الذي يرتبط به، يعتبر تاريخ التقديم هو تاريخ اليوم الذي تم به تحديد الضمان.

3.04 أين وإلى من يجب التقديم المطابق Where and to Whom Complying Presentation Made

- (a) لمطالبة التقديم، يجب أن يكون في المكان وأي موقع مذكور في الضمان أو الذي تم النص عليه في هذه القواعد.
- (b) إذا لم يذكر مكان التقديم إلى المصدر في الضمان، يجب أن يتم التقديم في مقر العمل الذي صدر فيه الضمان.
- (c) إذا كان الضمان معززا، دون تحديد مكان التقديم في التعزيز، فيجب تقديم المستندات لأجل غرض إلزام المعزز (والمصدر)، في مكان عمل المعزز الذي صدر التعزيز منه أو إلى المصدر.
- (d) إذا لم يتم ذكر موقع المكان للتقديم (مثل دائرة، الطابق، الغرفة، المحطة، مركز بريد، صندوق بريدي، أو أي موقع آخر)، يجوز أن يكون التقديم إلى:
 - (i) العنوان البريدي العام المذكور في الضمان؛ أو
 - (ii) أي موقع في المكان المخصص لاستلام البريد أو المستندات؛ أو
 - (iii) أي شخص مفوض بشكل فعلي أو ظاهري لاستلامها في مكان التسليم.

3.05 متى يتم التقديم بالوقت المحدد When Timely Presentation Made

يكون التقديم بالوقت المحدد في أي وقت بعد الإصدار وقبل انتهاء تاريخ الصلاحية.

(a) يعتبر التقديم بعد انتهاء العمل في مكان التقديم بأنه تم في يوم العمل التالي.

3.06 تطابق وسيلة التقديم Complying Medium of Presentation

(a) لأجل المطابقة يجب تقديم المستندات حسب الوسيلة المذكورة في الضمان.

(b) حيثما لم تذكر الوسيلة، ولأجل تطابق المستند يجب تقديم المستند على شكل مستند ورقي، ما لم يتطلب كون الطلب فقط في هذه الحالة:

(i) الطلب الذي تم تقديمه عبر السويقت، أو التلكس أو بواسطة وسيلة مشابهة مصدقة بواسطة المستفيد بأنه عضو في السويقت أو بنك يستجيب؛ وخلافا لذلك

(ii) المطالبة التي لم يتم تقديمها على شكل ورقة لا تتطابق ما لم يجيز المصدر بناء على قراره الفردي استخدام تلك الوسيلة للاتصال.

(c) المستند الذي لم يتم تقديمه كمستند ورقي إذا تم إرساله بواسطة وسائل إلكترونية حتى لو قام المصدر أو الشخص المسمى الذي تلقى المستند بإنشاء مستند ورقي.

(d) حيثما يكون التقديم مذكورا بواسطة إلكترونية ولأجل تطابق المستند، فيجب تقديم المستند كسجل إلكتروني يمكن توثيقه من قبل المصدر أو الشخص المسمى الذي قدمت المستندات إليه.

3.07 فصل كل تقديم Separateness of Each Presentation

(a) القيام بتقديم غير مطابق، أو تقديم لأجل المطالبة، أو عدم الاستطاعة بتقديم مستند واحد حسب الجدول/ أو المستندات

المسموحة لا يعتبر تنازلاً أو خلافاً بذلك يخل بالحق بإعادة تقديم مستندات في وقتها أو إعادة تقديم في حينه سواء لم يسمح الضمان السحب الجزئي أو السحوبات المتعددة أو التقديم المتعدد.

(b) عدم قبول التقديم المتطابق المجحف لا يشكل رفض تقديم أي مستندات أخرى بموجب الضمان أو سمعة الضمان.

(c) قبول التقديم غير المطابق مع أو بدون إشعار بعدم تطابقها لا يعتبر تنازلاً عن متطلبات الضمان لأجل تقديم مستندات أخرى.

3.08 السحب الجزئي والتقديم المتعدد ومبلغ السحوبات Partial Drawing and Multiple Presentations; Amount of Drawings

- (a) يجوز التقديم بأقل من المبلغ المتاح ("سحب جزئي").
- (b) يجوز تقديم أكثر من تقديم واحد ("تقديم مستندات متعددة").
- (c) تعني الجملة "لا يسمح بالسحب الجزئي" أن التقديم يجب أن يكون لكامل المبلغ المتاح.
- (d) تعني الجملة "لا يسمح بالسحوبات المتعددة" أو مصطلح مشابه، بأنه يجوز تقديم واحد مقبول ولكن يمكنه أن يكون لمبلغ أقل من إجمالي المبلغ المتاح.
- (e) إذا تجاوزت المطالبة المبلغ المتاح بموجب الضمان، يكون السحب مخالف. وأي مستند فيما عدا مستند المطالبة يذكر فيه مبلغ الزيادة عن المبلغ المطلوب بأنه غير مخالف لأجل هذا السبب.
- (f) استخدام تعابير مثل "تقريباً"، أو "حوالي"، أو "يناهز"، أو كلمات تسمح بالتنسيب لا يزيد أو يقل عن 10% من المبلغ الذي تشير إليه الكلمة.

3.09 التمديد أو الدفع Extend or Pay

- هو طلب المستفيد لتمديد تاريخ انتهاء صلاحية الضمان، أو بشكل متناوب المطالبة بدفع المبلغ المتاح بموجب الضمان:
- (a) هو تقديم طلب الدفع بموجب الضمان للفحص فيما إذا كانت حسب هذه القواعد؛ و

(b) تتضمن بأن المستفيد:

- (i) يوافق على تعديل تمديد تاريخ انتهاء الصلاحية الى التاريخ المطلوب؛
- (ii) يتعين من المصدر ممارسة تقديره ليسعى للحصول على موافقة الأمر للقيام بإصدار التعديل.
- (iii) عند إصدار ذلك التعديل، تسحب مطالبة الدفع منه؛ و
- (iv) يوافق على الحد الأقصى للوقت المسموح به بموجب هذه القواعد للفحص وإشعار عدم القبول.

3.10 عدم إشعار باستلام التقديم Non Notice of Receipt of Presentation

لا يتطلب من المصدر إشعار الأمر باستلام التقديم بموجب الضمان.

3.11 قواعد تنازل المصدر وقبول الأمر للتنازل عند التقديم Issuer Waiver and Applicant Consent to Waiver of Presentation Rules

تنازل المصدر وقبول الأمر للتنازل عن قواعد التقديم إضافة إلى الشروط الاستثنائية في الضمان أو هذه القواعد، يجوز للمصدر وبناء على قراره المنفرد، ودون إشعار أو قبول الأمر ودون تأثير على التزام الأمر قبل المصدر.

(a) القواعد التالية وأي بنود مشابهة في الضمان والتي هي بشكل مبدئي لفائدة المصدر أو لملاءمة العمليات :

- (i) معاملة المستندات التي استلمت بناء على طلب المقدم بأنه تم تقديمها بتاريخ لاحق (قاعدة 2.03)؛
- (ii) تحديد الضمان الذي قدم فيه التقديم (القاعدة 3.03(a))؛
- (iii) أينما والى من تم التقديم (القاعدة 3.04(b)، و (c)، و (d))، البلد المنصوص عليه في الضمان للتقديم؛ أو
- (iv) معاملة المستندات التي تم تقديمها بعد انتهاء العمل كما لو أنها قدمت في يوم العمل التالي (القاعدة 3.05(b)).

- (b) القاعدة التالية ولكن ليس البنود المشابهة المذكورة في الضمان.
- (i) مستند مطلوب مؤرخ بعد تاريخ تقديمه المذكور (قاعدة 4.06)؛
أو
- (ii) بأن يكون المستند المطلوب صادراً بواسطة المستفيد بنفس لغة الضمان (قاعدة 4.04).
- (c) القاعدة التالية تتعلق بعملية تكامل الضمان فقط طالما يتعامل البنك مع المستفيد الحقيقي:
- قبول مطالبة بواسطة إلكترونية (قاعدة 3.06(b)).
 - تنازل بواسطة المعزز يتطلب قبول المصدر بخصوص الفقرات (b) و (c) من هذه القاعدة.

3.12 فقدان أو سرقة أو تشوه أو تضرر الضمان الأصلي Original Standby Lost, Stolen, Mutilated, or Destroyed

- (a) إذا سرق أو فقد أو شوه أو تضرر الضمان الأصلي، لا يحتاج المصدر أن يستبدله أو يتنازل عن أي طلب بتقديم الأصل بموجب الضمان.
- (b) إذا وافق المصدر أن يستبدل الضمان الأصلي أو يتنازل عن طلب تقديمه، يجوز له تزويد بديل أو نسخة عنه إلى المستفيد دون المساس بالتزامات الأمر قبل المصدر للتغطية. ولكن إذا قام بذلك يجب على المصدر أن يؤشر بذلك على البديل أو النسخة. يجوز للمصدر وبناء على قراره المنفرد أن يطلب إلزام المستفيد بالتعويض عن الضرر بشكل مقبول وتأكيدات من الأشخاص الذين تم تسميتهم بأنه لم يتم أي دفع.

الإقفال بتاريخ الإنتهاء Closure on Expiry Date

3.13 تاريخ الانتهاء في يوم عطلة - Expiration Date on a Non-Business Day

- (a) إذا كان اليوم الأخير للتقديم مذكور في الضمان (سواء ذكر بأنه تاريخ الانتهاء أو التاريخ الذي يجب فيه استلام المستندات) بأنه ليس يوم عمل للمصدر، أو للشخص المسمى حيث يجب أن يتم التقديم، عندئذ، يكون التقديم هناك في يوم العمل التالي ويتم اعتباره مقدم في الوقت المحدد.
- (b) على الشخص المسمى الذي تم ذلك التقديم إليه إعلام المصدر.

3.14 الإقفال في يوم عمل والسماح بمكان آخر بشكل معقول للتقديم Closure on a Business Day and Authorization of Another Reasonable Place for Presentation

- (a) إذا كان مكان التقديم المذكور في الضمان مقفلاً لأي سبب في آخر يوم عمل لأجل التقديم ولم يتم التقديم في حينها بسبب ذلك الإقفال. عندئذ يمدد اليوم الأخير للتقديم تلقائياً إلى اليوم الذي يصادف اليوم الثلاثون في التقويم (الميلادي) بعد إعادة فتح مكان التقديم للعمل ما لم ينص الضمان خلاف ذلك.
- (b) عند إقفال أو توقع إقفال مكان التقديم، يجوز للمصدر تفويض التقديم في مكان آخر بشكل معقول في الضمان، أو في تسلم اتصال (رسالة) من قبل المستفيد، وإذا تم ذلك، عندئذ:
- (i) يجب أن يتم التقديم في ذلك المكان المعقول، و
- (ii) إذا تم تسلم الاتصال (رسالة) بأقل من ثلاثين يوماً شمسية (في التقويم الميلادي) قبل اليوم الأخير للتقديم، ولهذا السبب اعتبر التقديم ليس في وقته المحدد، يتم تمديد اليوم الأخير تلقائياً للتقديم إلى اليوم الذي يصادف الأيام الثلاثون من التقويم (الميلادي) بعد اليوم الأخير للتقديم.

الفحص EXAMINATION

4.01 الفحص لأجل التطابق Examination for Compliance

(a) يجب أن تتطابق المطالبات مع الشروط والبنود الخاصة بالضمان لأجل قبولها.

(b) يتم تحديد ما إذا كان التقديم متطابقاً بواسطة فحص التقديم الذي يبدو في ظاهره مطابقاً للبنود والشروط المذكورة في الضمان كما تم تفسيرها وإحاقها بموجب هذه القواعد التي يجب أن تقرأ في سياق معيار عرف الضمان.

4.02 عدم فحص المستندات الإضافية Non-Examination of Extraneous Documents

المستندات المقدمة غير المطلوبة بموجب الضمان لا يحتاج لفحصها، وفي أي حال سوف يتم إهمالها لأغراض تحديد مطابقة التقديم. ويجوز إعادتها إلى المقدم من دون مسؤولية أو تمريرها مع المستندات الأخرى المقدمة.

4.03 الفحص لعدم التوافق Examination for Inconsistency

يتطلب من المصدر أو من الشخص المسمى بفحص المستندات غير المتوافقة مع بعضها البعض إلى الحد المنصوص عليه فقط في الضمان.

4.04 لغة المستندات Language of Documents

يجب أن تكون لغة كافة المستندات الصادرة من قبل المستفيد بلغة الضمان.

4.05 مصدر المستندات Issuer of Documents

أي مستند مطلوب يجب أن يصدر من قبل المستفيد إلا إذا أشار الضمان بأنه يتوجب على شخص ثانٍ إصدار المستند أو يقوم

شخص ثالث بإصدار مستند من النوع الذي يتطلبه معيار عرف الضمان.

4.06 تاريخ المستندات Date of Documents

يجوز لتاريخ الإصدار لمستند مطلوب أن يكون قبل ولكن ليس بعد تاريخ تقديمه.

4.07 طلب توقيع على مستند Required Signature on a Document

(a) لا يحتاج مستند مطلوب أن يتم توقيعه ما لم يذكر الضمان بأنه يجب توقيع المستند أو أن المستند يكون من نوع معيار عرف الضمان يتطلب توقيعه.

(b) يجوز القيام بالتوقيع المطلوب بأي طريقة تتسجم مع الوسطة التي قدم بها المستند الموقع.

(c) ما لم يحدد الضمان:

(i) اسم الشخص الذي يجب أي يوقع المستند ويتم اعتبار أي توقيع أو توثيق مطابق؛

(ii) ليس من الضرورة الإشارة إلى منصب الشخص الذي يجب عليه التوقيع.

(d) إذ حدد الضمان بأنه يجب أن يوقع من قبل:

(i) شخص طبيعي مسمى دون الحاجة إلى تحديد منصبه، فالتوقيع المطابق هو الذي يبدو بأن توقيع الشخص الذي تم تسميته؛

(ii) شخص قانوني مسمى، أو وكالة حكومية دون تحديد الشخص الذي سيوقع نيابة عنها أو منصبه، وأي توقيع يبدو بأنه تم نيابة عن الشخص القانوني المسمى أو الوكالة الحكومية يعتبر مطابقاً؛ أو

(iii) شخص طبيعي مسمى أو شخص قانوني أو وكالة حكومية تتطلب ذكر منصب الشخص الذي سيقوم بالتوقيع، فالتوقيع المطابق هو الذي يبدو بأنه توقيع الشخص الطبيعي المسمى أو الشخص القانوني أو الوكالة الحكومية ويشير إلى منصبه.

4.08 يقتضي مستند المطالبة Demand Document Implied

إذا لم يحدد الضمان أي مستند مطلوب، فسيعتبر أنه يتطلب مطالبة مستندية للدفع.

4.09 الكلمات المطابقة وما بين القوس Identical Wording and Quotation Marks

إذا تطلب الضمان:

- (a) جملة دون صياغة محددة، فعندئذ يجب أن تبدو صياغة المستند الذي تم تقديمه تعطي نفس المعنى للمستند المطلوب في الضمان.
- (b) الكلمات المحددة بواسطة استخدام المزدوجين (Quotation Markers) والكلمات المفصلة، أو إلحاق مستند أو نموذج، عندئذ فإن الأخطاء المطبعية والهجائية والتنقيط/ الترقيم والفراغات وأشباهاها التي تظهر عند قراءة النص ليست بحاجة لنسخها، والسطور الفارغة أو الفراغات يجوز استكمالها لأجل البيانات بطريقة منسجمة مع الضمان؛ أو
- (c) الكلمات المحددة بواسطة استخدام المزدوجين والكلمات المنفصلة، أو إلحاق مستند أو نموذج، وكذلك التي تزود بتلك الكلمات المحددة يجب أن تكون "مطابقة" أو متشابهة، عندئذ يجب أن تكون إعادة استخراج صياغة المستند وتطابقه مع المستند المقدم يشمل الأخطاء المطبعية والهجائية، والتنقيط/ الترقيم، والفراغات وما شابه وكذلك السطور الفارغة والفراغات الخاصة بالبيانات.

4.10 موافقة الأمر Applicant Approval

الضمان يجب أن لا يحدد بأن المستند المطلوب إصداره أو توقيعه أو توثيقه من قبل الأمر، لذلك إذا تضمن الضمان متطلبات مثل تلك، لا يحق للمصدر التنازل عن تلك المتطلبات ولن يكون مسؤولاً عن حجز الأمر للمستند أو التوقيع.

4.11 الشروط والبنود غير المستندية Non-Documentary Terms or Conditions

- (a) يجب إهمال أي بند أو شرط غير مستندي في الضمان سواء أثار بالتزام المصدر بمعاملة التقديم بأنها متطابقة أم لم يؤثر أو اعتبار الضمان بأنه قد أصدر أو عدل أو أنهى.
- (b) تكون البنود أو الشروط غير مستندية إذا لم يتطلب في الضمان تقديم مستند يبرهن عليه، وإذا لم يتم تحديد تحقيقها من قبل المصدر في سجلاته الخاصة أو ضمن عمليات المصدر الاعتيادية.
- (c) تشمل التحديدات في سجلات المصدر الخاصة أو ضمن عمليات المصدر الاعتيادية على التحديدات التالية:
- (i) متى وأينما وكيفما قدمت المستندات أو تم تسليمها إلى المصدر خلافاً لذلك؛
- (ii) متى وأينما وكيفما أرسلت أو قدمت الرسائل (Communications) على الضمان بواسطة المصدر، أو المستفيد، أو أي شخص مسمى؛
- (iii) تحويل المبالغ في حساب أو من حساب المصدر؛ و
- (iv) المبالغ القابلة للتعيين من مؤشر منشور Published Index، (مثال، إذا نص الضمان على تحديد مبلغ الفائدة الناشئ طبقاً لسعر الفائدة المنشور).
- (d) لا يتطلب من المصدر إعادة احتساب حسابات المستفيد بموجب معادلة Formula منصوص عليها أو مشار إليها في الضمان ما عدا إلى الحد الذي نص عليه الضمان.

4.12 شكلية الجمل في المستندات Formality of Statements in Documents

- (a) لا تحتاج أن ترفق الجمل بواسطة أسلوب رزين أو رسمي أو أي تصرف شكلي.
- (b) إذا تطلب الضمان إضافة إجراء رسمي إلى جملة مطلوبة من قبل الشخص الذي يقوم به دون تحديد الشكل أو المحتوى، فإن الجملة

تتطابق إذا أشارت بأنها أقرت، أو أكدت، أو أثبتت، أو صدقت، أو محلفة تحت القسم أو قررت وما شابه ذلك.

(c) إذا نص الضمان بوجوب التشهد على جملة بواسطة شخص آخر دون تحديد الشكل أو المحتوى، فإن جملة الشاهد تتطابق إذا بدت بأنها تحتوي على توقيع شخص عدا المستفيد مع إشارة بأن ذلك الشخص يتصرف كشاهد.

(d) إذا نص الضمان بأنه يجب على شخص - عدا المستفيد - يتصرف بصفة حكومية أو قضائية، أو اعتبارية، أو أي صفة تمثيلية أخرى بالقيام بالمصادقة والإقرار ومنح السمة وما شابه ذلك على الجملة دون تحديد الشكل أو المحتوى، تتطابق الجملة إذا احتوت على توقيع شخص عدا المستفيد التي تتضمن إشارة إلى الصفة التمثيلية للشخص وإلى المؤسسة التي يتصرف الشخص نيابة عنها.

4.13 عدم المسؤولية في تحديد المستفيد No Responsibility to Identify Beneficiary

ما عدا إلى المدى الذي يتطلبه الضمان في تقديم السجل الإلكتروني:

(a) ليس على الشخص الذي يقبل التقديم التزاماً أمام الأمر في التأكيد من هوية الشخص الذي يقوم بالتقديم أو المتنازل له؛

(b) يكون الالتزام قد تحقق إذا تم الدفع عند الطلب بموجب ضمان إلى المستفيد المسمى، أو المحول له، أو المتنازل إليه المعتمد، أو الوريث/ خلف بالطرق القانونية، أو إلى حساب، أو حساب مذكور في الضمان، أو في غلاف التعليمات من المستفيد، أو شخص مسمى.

4.14 اسم المكتتب أو المصدر المدمج أو المعزز Name of Acquired or Merged Issuer or Conformer

إذا قام المصدر أو المعزز بإعادة تنظيم، أو دمج، أو تغيير اسمه، أي مرجع مطلوب بالاسم إلى المصدر أو المعزز في المستندات المقدمة تجوز له أو لوريثه/ خلفه.

4.15 الأصل والنسخ والمستندات المتعددة Original, Copy, & Multiple Documents

- (a) يجب أن يكون المستند أصلي،
- (b) يعتبر تقديم سجل اليكتروني "أصليا" عندما يسمح أو يتطلب تقديم اليكتروني.
- (c)
- (i) يعتبر المستند المقدم أصليا ما لم يبدو في ظاهره بأنه استخرج من أصل.
- (ii) يعتبر المستند المستخرج من مستند أصلي بأنه أصليا إذا كان التوقيع أو التوثيق أصليا.
- (d) الضمان الذي يتطلب تقديم نسخة أصلية يسمح تقديم اما الأصل أو نسخة ما لم ينص الضمان على تقديم النسخة فقط أو خلافا لذلك يعكس مضمون كافة الأصول.
- (e) إذا طلب تقديم نسخ متعددة من ذات المستند، فيجب أن تكون واحدة منها أصلا ما لم:
- (i) يتطلب "نسختان أصليتان" أو "أصول متعددة"، وفي أية حالة يجب أن تكون كافة المستندات أصلية؛ أو
- (ii) يتطلب "نسختان" أو "على نحو مضاعف"، أو ما شابه، وفي أية حالة يجوز تقديم إما الأصول أو النسخ.

أنواع مستند الضمان Standby Document Type

4.16 طلب من أجل الدفع Demand for Payment

- (a) لا يتطلب فعل مطالبة الدفع من إفادة المستفيد أو مستند آخر مطلوب.
- (b) إذا تطلبت المطالبة طلب مستقل، يجب أن يحتوي على:
- (i) طلب للدفع من المستفيد موجه الى المصدر أو الشخص المسمى؛

(ii) تاريخ يشير الى التاريخ الذي أصدر فيه الطلب؛

(iii) المبلغ المطلوب؛ و

(iv) توقيع المستفيد.

(c) يجوز أن تكون المطالبة على شكل سحب Draft أو تعليمات أخرى، أو أمر، أو أمر بالدفع، وإذا تطلب الضمان تقديم "سحب"، أو "كمبيالة" Bill of Exchange فإن السحب أو الكمبيالة لا تحتاج أن تكون بطريقة قابلة للتداول ما لم يذكر الضمان ذلك.

4.17 إفادة الإخلال أو وقائع للسحب الآخر Statement of default or Other Drawing Event

إذا تطلب الضمان إفادة، أو شهادة، أو حيثيات أخرى بالإخلال، أو وقائع سحب أخرى، يكون المستند متطابقا إذا احتوى على:

(a) تمثيل الواقع باستحقاق الدفع بسبب حدوث واقعة السحب الموصوفة في الضمان؛

(b) تاريخ يشير الى تاريخ إصداره؛ و

(c) توقيع المستفيد.

4.18 مستندات قابلة للتداول Negotiable Documents

إذا طلب الضمان تقديم مستند قابل للتحويل بواسطة التظهير والتسليم دون ذكر ما إذا، وكيف، وإلى من يجب أن يتم التظهير، عندئذ يجوز تقديم المستند دون تظهيره، أو إذا تم تظهيره يجب أن يكون التظهير على بياض، وبأي حال، يجوز إصدار المستند أو تداوله مع حق الرجوع أو بدون حق الرجوع.

4.19 مستندات قانونية أو قضائية Legal or Judicial Documents

إذا تطلب الضمان تقديم مستند صادر من حكومة، أو أمر قضائي، أو حكم تحكيم قضائي، أو ما شابه، يعتبر المستند أو نسخة عنه مطابقا إذا تبين أنه:

(i) صادر من وكالة حكومية أو محكمة وما شابه؛

(ii) له عنوان واسم مناسب؛

(iii) موقع؛

(iv) مؤرخ؛ و

(v) مصدق أو موثق أصلاً بواسطة وكالة حكومية، أو محكمة، أو ما شابه.

4.20 مستندات أخرى Other Documents

(a) إذا تطلب الضمان مستنداً آخر خلاف المستند الذي تم تحديد محتواه في هذه القواعد دون تحديد المصدر أو محتوى بياناته أو كلماته، يتطابق المستند إذا ظهر بأنه موصوف بطريقة ملائمة أو يخدم وظيفة ذلك النوع من المستند بموجب معيار عرف الضمان.

(b) يجب فحص المستند الذي تم تقديمه بموجب الضمان في سياق عرف الضمان وبموجب هذه القواعد حتى لو كان المستند من نوع (مثل، الفاتورة التجارية، أو مستند نقل، أو مستندات تأمين، أو ما شابه) والتي لأجلها تحتوي على تفاصيل الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية.

4.21 طلب إصدار تعهد منفصل Request to Issue Separate Undertaking

إذا تطلب الضمان قيام المستفيد من الضمان بإصدار تعهد مستقل خاص به لوحده إلى مستفيد آخر (سواء قام الضمان بسرد نص ذلك التعهد أم لا):

(a) لا يتلقى المستفيد أي حقوق عدا حق السحب بموجب الضمان حتى لو دفع المصدر رسوماً إلى المستفيد لإصدار التعهد المستقل؛

(b) لا يحتاج التعهد المستقل أو أي مستند مقدم بموجب ذلك التعهد بل أن يقدم إلى المصدر؛ و

(c) إذا تسلم المصدر الأصول أو النسخ من التعهد المستقل أو المستندات التي تم تقديمها بموجب التعهد على الرغم من أن تقديمها ليس مطلوباً كشرط للوفاء بالضمان:

- (i) لا يحتاج المصدر الى فحصها وفي أي من الأحوال يهمل تطابقها وانسجامها بموجب الضمان أو تعهد المستفيد المستقل؛ و
- (ii) يحق للمصدر ومن دون مسؤولية إعادتها الى المقدم أو إرسالها الى الأمر مع التقديم.

قاعدة 5 RULE 5

إشعار المنع والتصرف بالمستندات Notice, Preclusion Disposition of Documents

5.01 إشعار عدم القبول في حينه Timely Notice of Dishonor

(a) يجب إعطاء إشعار بعدم القبول خلال فترة بعد تقديم المستندات بشكل معقول.

(i) يعتبر الإشعار الذي تم إعطاؤه خلال ثلاثة أيام عمل بأنه تم إعطاؤه بشكل معقول، ويعتبر بعد سبعة أيام عمل بأنه تم إعطاؤه بشكل غير معقول.

(ii) سواء كان الوقت الذي تم خلاله إعطاء إشعار بشكل غير معقول لا يعتمد على موعد نهائي وشيك لأجل التقديم.

(iii) يبدأ وقت احتساب إعطاء إشعار عدم القبول في يوم العمل التالي ليوم العمل للتقديم.

(iv) ما لم ينص الضمان بصراحة خلافا لذلك بوقت أقل من الوقت الذي يجب إعطاء "إشعار عدم القبول" فليس على المصدر التزام لتسريع فحصه للتقديم.

(b)

(i) الوسيلة التي يجب إعطاء "إشعار عدم القبول" هي بواسطة الاتصالات السريعة Telecommunication، وإذا لم تتوفر، فبواسطة أي وسيلة متوفرة أخرى تؤدي بالإشعار الفوري.

(ii) إذا تم استلام "إشعار عدم القبول" خلال الفترة المسموحة لإعطاء "إشعار عدم القبول"، عندئذ تعتبر بأنها أعطيت بواسطة فورية.

(c) يجب إعطاء "إشعار عدم القبول" الى الشخص الذي استلمت منه المستندات (سواء كان المستفيد أو الشخص المسمى أو شخص غير شخص التسليم) ما عدا كما يطلب المقدم خلافا لذلك.

5.02 جملة أسباب عدم القبول Statement of Grounds for Dishonor

يجب أن يذكر "إشعار عدم القبول" كافة الاختلافات التي كان على أساسها إشعار عدم القبول.

5.03 العجز بإعطاء إشعار عدم القبول في وقته Failure to Give Timely Notice of Dishonor

(a) العجز في إعطاء إشعار بالاختلافات في "إشعار عدم القبول" خلال الوقت وبواسطة الوسيلة المحددة في الضمان أو هذه القواعد يحول دون تأكيد الاختلافات في أي مستند يحتوي على اختلافات يتم التحفظ عليها أو أعيد تقديمها، ولكنه لا يمنع التأكيد بوجود تلك الاختلافات في أي تقديم بموجب نفس الضمان أو الضمان المستقل.

(b) العجز في إعطاء "إشعار عدم القبول" أو "القبول" أو "الإقرار" بالتعهد المؤجل يلزم المصدر بالدفع عند الاستحقاق.

5.04 إشعار انتهاء سريان المفعول Notice of Expiry

العجز في إعطاء إشعار بأن التقديم قد تم بعد تاريخ الصلاحية لا يمنع عدم القبول لهذا السبب.

5.05 طلب المصدر لتنازل الأمر دون طلب المقدم Issuer Request for Applicant Waiver without Request by Presenter

إذا قرر المصدر بأن التقديم غير متطابق وإذا لم يقدّم المقدم بإعطاء تعليمات خلافاً لذلك، يجوز للمصدر بناءً على قراره الفردي أن يطلب من الأمر التنازل عن عدم التطابق أو خلافاً لذلك أن يسمح بالقبول خلال الفترة المتاحة لإعطاء إشعار عدم القبول ولكن دون تمديده.

والحصول على تنازل الأمر لا يلزم المصدر بالتنازل عن عدم التطبيق.

5.06 طلب المصدر لتنازل الأمر بطلب من المقدم Issuer Request for Applicant Waiver upon Request of Presenter

إذا وبعد استلام إشعار عدم القبول، طلب المقدم بأن ترسل المستندات المقدمة الى المصدر أو ليسعى المصدر الحصول على تنازل الأمر:

(a) لا يلزم أي شخص إرسال أي مستندات متناقصة أو أن يسعى للحصول على تنازل الأمر؛

(b) يبقى التقديم الى المصدر خاضعا الى هذه القواعد ما لم يقر المقدم بإعطاء الموافقة الصريحة تخرجه منها؛ و

(c) إذا أرسلت المستندات أو تم السعي الى التنازل:

(i) يمنع المقدم من معارضة الاختلافات التي أشعره بها المصدر؛

(ii) لا يبرأ المصدر في فحص التقديم بموجب هذه القواعد؛

(iii) لا يلزم المصدر بالتنازل عن الاختلافات حتى لو تنازل عنها مقدم الطلب؛ و

(iv) على المصدر أن يحتفظ بالمستندات حتى يتلقى ردا من الأمر أو طلبا من المقدم لإعادة المستندات، يجوز للمصدر إعادة المستندات الى المقدم إذا لم يتسلم ردا أو طلبا خلال عشرة أيام عمل من إشعار عدم القبول.

5.07 التصرف بالمستندات Disposition of Documents

يجب إعادة المستندات التي لم تقبل أو يتم الاحتفاظ بها أو التصرف بها حسب تعليمات المقدم بشكل معقول. العجز في التصرف بالمستندات في إشعار عدم القبول لا يمنع المصدر من تأكيد أي دفاع خلافا لذلك تكون متاحة له مقابل القبول.

5.08 غلاف التعليمات/ خطاب الإرسال Cover Instructions/ Transmittal Letter

- (a) يمكن اعتماد التعليمات المترافقة مع التقديم بموجب الضمان في الحدود التي لا تتناقض مع بنود وشروط الضمان أو المطالبة أو هذه القواعد.
- (b) يمكن اعتماد التعليمات التي تمت من قبل شخص مسمى وترافقت مع التقديم في الحدود التي لا تتناقض مع بنود وشروط الضمان أو هذه القواعد.
- (c) رغما عن استلام تعليمات، يجوز للمصدر أو للشخص المسمى دفع، أو إعطاء إشعار، أو إعادة المستندات، أو خلافا لذلك التعامل مع المقدم مباشرة.
- (d) الجملة في المخالفة في رسالة الغلاف للمستندات لا يعفي المصدر من فحص التقديم لأجل المطابقة.

5.09 إشعار الأمر بالاعتراض Applicant Notice of Objection

- (a) على الأمر الاعتراض في حينه على قبول المصدر لتقديم غير المتطابق بواسطة إعطاء إشعار بوسيلة فورية في حينه.
- (b) يعتبر الأمر بأنه تصرف في حينه إذا اعترض على الاختلافات بإرسال إشعار إلى المصدر، يذكر فيه الاختلافات التي كانت أساس الاعتراض خلال فترة معقولة بعد استلام الأمر للمستندات.
- (c) العجز بإعطاء إشعار بالاعتراض في حينه بواسطة وسائل فورية تمنع الأمر من التمسك بالحق ضد المصدر عن أي اختلاف أو أمور أخرى تبدو من ظاهر المستندات التي تسلمها الأمر، لكنها لا تمنع الحق بهذا الاعتراض لأي تقديم آخر بموجب الضمان نفسه أو ضمان آخر.

قاعدة 6 RULE 6

التحويل والتنازل والتحويل بواسطة عملية قانونية TRANSFER ASSIGNMENT, AND TRANSFER BY OPERATION OF LAW

6.01 تحويل حقوق السحب Transfer to Transfer Drawings Rights

حيث يطلب المستفيد بقبول المصدر أو الشخص المسمى السحب من شخص آخر كما لو كان مستفيدا، تطبق هذه القواعد على تحويل حقوق السحب ("التحويل").

6.02 عندما تكون حقوق السحب قابلة للتحويل When Drawing Right are Transferable

- (a) يعتبر الضمان غير قابل للتحويل ما لم ينص على ذلك.
- (b) عندما ينص الضمان بأنه قابل للتحويل دون شروط أخرى، فإنه يعني بأن حقوق السحب:
 - (i) يجوز تحويلها بالكامل أكثر من مرة واحدة؛
 - (ii) لا يجوز تحويلها بشكل جزئي؛
 - (iii) لا يجوز تحويلها ما لم يوافق المصدر (وكنذك المعزز) أو شخص آخر مسمى بشكل محدد في الضمان لأجل إتمام التحويل المطلوب من قبل المستفيد.

6.03 شروط لأجل التحويل Conditions to Transfer

- لا يستدعي لمصدر الضمان للضمان القابل للتحويل أو شخص مسمى إتمام التحويل ما لم:
- (a) وجود قناعة وصحة الضمان الأصلي؛ و
 - (b) قيام المستفيد بتقديم أو بتحقيق:
 - (i) طلب بطريقة مقبولة للمصدر أو للشخص المسمى يشمل تاريخ سريان معقول لعمل التحويل وإسم وعنوان المحول إليه؛

(ii) أصل الضمان؛

(iii) التحقق من توقيع الشخص الموقع عن المستفيد؛

(iv) التحقق من مرجعية الشخص الموقع عن المستفيد؛

(v) دفع رسوم التحويل؛ و

(vi) أي طلبات أخرى بشكل معقول.

6.04 تأثير التحويل على المستندات المطلوبة Effect of Transfer on Required Documents

حيث يكون هناك تحويل لحقوق السحب بالكامل:

(a) يجب أن يقوم المحول له المستفيد بالتوقيع على السحب أو المطالبة؛ و

(b) يجوز استخدام اسم المستفيد المحول له مكان اسم المستفيد المحول في أي مستند مطلوب.

6.05 التغطية للدفع على أساس التحويل Reimbursement for Payment Based on a Transfer

المصدر أو الشخص المسمى الذي يقوم بالدفع بموجب التحويل طبقاً للقاعدة 6.03(a)، و (b)(i)، و (b)(ii) يؤهل للتغطية كما لو أنه دفع إلى المستفيد.

إقرار تنازل عن العائدات Acknowledgment of Assignment of Proceeds

6.06 التنازل عن العائدات Assignment of Proceeds

عندما يطلب من مصدر أو شخص مسمى باستلام طلب المستفيد للدفع إلى المتنازل إليه كافة أو جزء من عائدات سحب Proceeds المستفيد بموجب الضمان، تطبق هذه القواعد على إقرار التنازل عن العائدات ما عدا عندما يتطلب القانون المطبق خلافًا لذلك.

6.07 طلب لأجل إقرار بالاستلام Request for Acknowledgment

(a) ما لم يتطلب القانون المطبق خلافا لذلك، فالمصدر أو الشخص المسمى.

(i) ليس ملزما لإعطاء فحوى إقرار التنازل عن العائدات ما لم يقر باستلامه؛ و

(ii) ليس ملزما ليقر باستلام التنازل.

(b) إذا أقر بالتنازل:

(i) لا يمنح الإقرار أي حقوق تتعلق بالضمان إلى المحال إليه المخول فقط بالعوائد التي تم التنازل عنها، إذا توفرت هذه العوائد والتي قد تتأثر حقوقه بالتعديل أو الإلغاء، و

(ii) تخضع حقوق المحال إليه إلى:

(a) وجود أي عائدات صافية واجبة الدفع إلى المستفيد من قبل الشخص الذي قام بالإقرار؛

(b) حقوق الأشخاص المسميين والمحال إليه والمستفيدين؛

(c) حقوق المحال إليهم الآخرين المقرين؛

(d) أي حقوق أخرى أو مصالح التي يكون لها الأولوية بموجب القانون المطبق.

6.08 شروط إقرار تحويل العائدات Conditions to Acknowledgment of Assignment of Proceeds

يحق للمصدر أو شخص مسمى وضع شرط لإقراره عند استلام:

(a) أصل الضمان للفحص أو التأشير؛

(b) التحقق من توقيع الشخص الموقع نيابة عن المستفيد؛

(c) التحقق من مرجعية الشخص الموقع نيابة عن المستفيد؛

(d) طلب غير قابل للنقض موقع من المستفيد عن إقراره بالتنازل يشمل إفادات، ومواثيق، وتعويض عن ضرر، وشروط أخرى قد تحتوي في نموذج طلب المصدر أو الشخص المسمى طالبا به إقرارا بالتنازل، مثل:

- (i) تطابق السحوبات المتكلفة إذا سمح الضمان بالسحوبات المتعددة؛
- (ii) الإسم الكامل، والشكل القانوني، والموقع، والعنوان البريدي للمستفيد والمحال إليه؛
- (iii) تفاصيل أي طلب تكليف بطريقة الدفع أو تسليم عائدات الضمان؛
- (iv) حدود التنازلات الجزئية وحظر التنازلات المتلاحقة؛
- (v) إفادة تخص شرعية وأولوية التنازل المتعلقة؛ أو
- (vi) حق المصدر أو الشخص المسمى في استعادة أي عائد تسلمها المحال إليه والقبالة للإعادة من المستفيد.
- (e) دفع رسوم الإقرار؛ و
- (f) تحقيق المتطلبات الأخرى بشكل معقول.

6.09 نزاع مطالبات العائدات Conflicting Claims to Proceeds

إذا كان هناك مطالبات متنازعا عليها في العائدات، عندئذ يتوقف الدفع للمحال إليه المقر حتى حل النزاع.

6.10 التغطية عن الدفع على أساس التنازل Reimbursement for Payment Based on an Assignment

يخول بالتغطية المصدر أو الشخص المسمى بموجب إقرار تنازل طبقا للقاعدة رقم 6.08(a) و (b) كما لو أن الدفع قد تم للمستفيد. إذا كان المستفيد بنكا، يجوز للإقرار أن يكون على أساس الاتصال الموثق Authenticated Communication على شكل وحيد.

التحويل بواسطة إجراءات القانون **Transfer by Operation of Law**

6.11 المحال إليه بواسطة إجراءات القانون Transferee by Operation of Law

تطبق هذه القواعد على تحويل بواسطة إجراءات القانون عندما يدعي وريث أو ممثل شخص أو مصفي أو أمين أو حارس قضائي أو شركة وارثة أو شخص مشابه بأن القانون قد عينه ليرث مصالح المستفيد ويقدم مستندات بإسمه كما لو أنه المحال إليه من المستفيد.

6.12 مستند إضافي في حالة السحب بإسم وريث/ خلف Additional Document in Event of Drawing in Successor's Name

يجوز معاملة الوريث المطالب كما لو أنه محال إليه المفوض من المستفيد لحقوق سحب الكامل إذا قدم مستند إضافي أو مستندات تبدو بأنها صادرة بواسطة موظف حكومي أو ممثل (ويشمل ضابط قضائي) ويشير إلى:

(a) أن الوريث (الخلف) المطالب هو الباقي من الدمج، أو المدمج، أو أفعال مشابهة لمؤسسة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أو مؤسسات أخرى مشابهة؛

(b) أن الوريث (الخلف) المطالب مخول أو معين ليقوم بالتصرف بالنيابة عنه المستفيد المسمى أو المالك بسبب حوادث العجز (الإفلاس).

(c) أن الوريث (الخلف) المطالب مفوض أو معين ليقوم بالتصرف بالنيابة عن المستفيد المسمى بسبب الوفاة أو العجز؛ أو

(d) إن إسم المستفيد المسمى تغير ليصبح إسم الوريث (الخلف) المطالب.

6.13 إيقاف الالتزامات عندما يقوم الوريث (الخلف) بالتقديم Suspension of Obligations upon Presentation by Successor

مصدر أو شخص مسمى الذي يتسلم تقديمًا من وريث (خلف) مدعى يتطابق في كافة النواحي ما عدا اسم المستفيد:

- (a) يحق له أن يطلب بطريقة مقنعة بالنسبة الى شكل ومضمون:
- (i) رأي قانوني؛
 - (ii) مستند إضافي أشير إليه في القاعدة 6.12 (مستند إضافي في حالة السحب باسم وريث/خلف) من موظف حكومي؛
 - (iii) إفادة وموثيق وتعويض عن ضرر تخص حالة الوريث/الخلف المدعي كوريث/خلف بواسطة عملية قانونية؛
 - (iv) دفع رسوم معقولة متعلقة بهذه التمديدات؛ و
 - (v) أي شيء مطلوب لأجل التحويل بموجب القاعدة 6.03 (شروط التحويل)، أو إقرار بالتنازل عن العائدات بموجب القاعدة 6.08 (شروط إقرار تحويل العائدات)؛
- لكن لا تشكل تلك المستندات مستندا مطلوباً لغرض إنتهاء صلاحية الضمان.

- (b) وحتى تسلم المصدر أو الشخص المسمى المستندات المطلوبة، يتوقف التزام القبول أو إشعار عدم القبول، لكن لا يتم بموجب تلك المستندات تمديد لأي موعد نهائي لتقديم المستندات المطلوبة.

6.14 التغطية للدفع على أساس التحويل بواسطة إجراءات القانون **Reimbursement for Payment Based on a Transfer by Operation of Law**

يحول المصدر أو الشخص المسمى بالتغطية بموجب تحويل بواسطة إجراءات القانون طبقاً للقاعدة 6.12 (مستند إضافي في حالة السحب باسم وريث/خلف) بتغطية كما لو أنه قام بالدفع الى المستفيد.

CANCELLATION

الإلغاء

**7.01 عندما يتم إلغاء أو إنهاء ضمان غير قابل للنقض
Irrevocable Standby is Canceled or Terminated**

لا يجوز إلغاء حقوق المستفيد في الضمان دون موافقته. ويجوز أن يبرهن على الموافقة بشكل كتابي أو بواسطة تصرف كإعادة الضمان الأصلي بطريقة تتضمن بأن المستفيد يوافق على الإلغاء. وعندما يتم إيصالها إلى المصدر فإن موافقة المستفيد على الإلغاء تعتبر غير قابلة للنقض.

**7.02 قرار المصدر بخصوص قرار الإلغاء
Issuer's Discretion Regarding a Decision to Cancel**

قبل الانضمام إلى طلب تفويض المستفيد بالإلغاء ومعاملة الضمان بأنه ملغي لكافة الأغراض، يحق للمصدر أن يطلب بطريقة مقنعة بالشكل والمضمون:

- (a) الضمان الأصلي؛
- (b) التحقيق من توقيع الشخص الذي وقع نيابة عن المستفيد؛
- (c) التحقق من مرجعية الشخص الذي قام بالتوقيع نيابة عن المستفيد؛
- (d) رأي قانوني؛
- (e) تخويل غير قابل للنقض موقع من المستفيد للإلغاء وتشمل إفادات وموثيق، وتعويض عن ضرر، وشروط مشابهة متضمنة في النموذج المطلوب؛
- (f) الاطمئنان بأن التزام أي معزز قد تم إلغاؤه،
- (g) القناعة في عدم وجود أي تحويل أو دفع بواسطة أي شخص مسمى؛ و
- (h) أي إجراء آخر بشكل معقول.

التزامات التغطية REIMBURSEMENT OBLIGATION

8.01 الحق بالتغطية Right to Reimbursement

(a) حيث يتم الدفع مقابل تقديم متطابق لهذه القواعد، يجب أن تعمل التغطية بواسطة:

- (i) طلب إصدار الضمان من الأمر الى المصدر؛ و
- (ii) مصدر الى شخص مسمى بالالتزام أو خلافا لذلك إعطاء القيمة؛ و

(b) يجب على الأمر تعويض المصدر مقابل كافة المطالبات والالتزامات والمسؤوليات (وتشمل رسوم المحامي) التي تنشأ عن:

- (i) فرض قانون أو قواعد أخرى غير التي تم اختيارها في الضمان أو المطبقة في مكان الإصدار؛
- (ii) التحايل والتزوير أو التصرفات غير القانونية من الآخرين؛ أو
- (iii) تنفيذ المصدر لالتزامات المعزز الذي قام برفض خاطئ للتعزيز.

(c) تلحق هذه القاعدة بأي اتفاقية قابلة للتطبيق أو سياق التعامل التجاري أو قواعد، أو العادات أو استخدامات نصت على التغطية أو التعويض على أسباب أخف أو أسباب أخرى.

8.02 أجور الرسوم والتكاليف Charges for Fees and Cost

(a) يجب على الأمر دفع أجور المصدر وتغطية المصدر عن أي أجور التزم بها المصدر بالدفع لشخص مسمى مع موافقة الأمر لتبليغ، أو تعزيز، أو قبول، أو تداول، أو تحويل أو إصدار تعهد مستقل.

(b) يلتزم المصدر دفع أجور الأشخاص الآخرين:

- (i) إذا كانت واجبة الأداء طبقا لبنود الضمان؛ أو

(ii) إذا كانت رسوم معقولة متعارف عليها ونفقات شخص يتطلبه المصدر لإشعار، أو قبول، أو مداولة، أو تحويل، أو لإصدار تعهد مستقل ولا يمكن استثناءها ولا يتم استعادتها من المستفيد أو مقدم آخر بسبب عدم وجود طلب بموجب الضمان.

8.03 إسترداد التغطية Refund of Reimbursement

يجب على شخص مسمى حصل على تغطية قبل أن يقوم المصدر بعدم قبول في حينه للتقديم أن يقوم بإسترداد التغطية مع الفائدة إذا رفض المصدر القبول ولا يمنع إسترداد المبلغ لشخص مسمى بعدم قبول المطالبات بشكل خاطئ.

8.04 تغطية مقابلة/ ظهيرة Back-to-Back Reimbursement

أي تعليمات أو تفويض للحصول على التغطية من بنك الى بنك آخر يخضع للقواعد النظامية لغرفة التجارة الدولية لأغراض التغطية المقابلة.

قاعدة 9 RULE 9

التوقيت TIMING

9.01 فترة الضمان Duration of Standby

على الضمان أن:

- (a) يحتوي على تاريخ إنتهاء؛ أو
- (b) يسمح للمصدر بإنهاء الضمان عند إشعار مسبق بشكل معقول أو الدفع.

9.02 تأثير تاريخ الإنتهاء على شخص مسمى on Nominated Person

لا تتأثر حقوق الشخص المسمى الذي يتصرف ضمن مجال تسميته بواسطة تاريخ إنتهاء الضمان.

9.03 احتساب الوقت Calculation of Time

- (a) فترة الزمن والتي يجب اتخاذ إجراء خلالها بموجب هذه القواعد تبدأ مع أول يوم عمل تلي يوم العمل عندما يتم التعهد بذلك الإجراء في المكان الذي تم التعهد بهذا الإجراء.
- (b) تبدأ فترة التمديد في اليوم الشمسي (التقويم) الذي يلي تاريخ الانتهاء المذكور حتى لو صادفت اليوم الذي يكون فيه عمل المصدر مغلقاً.

9.04 وقت يوم الانتهاء Time of Day of Expiration

يقع في نهاية يوم العمل في مكان التقديم إذا لم يذكر الوقت في اليوم للإنتهاء.

9.05 حجز الضمان Retention of Standby

لا يحفظ حجز الضمان الأصلي أي حقوق بموجب الضمان بعد توقف حق طلب المبلغ.

قاعدة 10 RULE 10

اشتراكات/مساهمات المخاطر / SYNDICATION PARTICIPATION

10.01 اشتراكات المخاطر Syndication

إذا لم يذكر الضمان بأكثر من مصدر واحد، أي إلى من يجب أن يتم التقديم، يجوز أن يتم التقديم إلى أي مصدر بأثر ملزم على كافة المصدرين.

10.02 مساهمات المخاطر Participation

(a) ما لم يتم الاتفاق خلافاً على ذلك بين الأمر والمصدر، يحق للمصدر بيع سهمه في المخاطرة في حقوق المصدر مقابل الأمر وأي مقدم ويحق له كشف معلومات الطلب إلى المساهمين الممثلين.

(b) لا يؤثر بيع المصدر لحصته في مساهمته في المخاطرة بموجب الضمان أو توليد أي حقوق أو التزامات بين المستفيد والمساهمين الآخرين في المخاطرة.

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة
بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد
الضامنة

**United Nations Convention
On Independent Guarantees
& Stand-By Letters Of Credit**

محتوى اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة

الفصل الأول - نطاق التطبيق

- المادة 1 - نطاق التطبيق
- المادة 2 - التعهد
- المادة 3 - استقلال التعهد
- المادة 4 - الطابع الدولي للتعهد

الفصل الثاني - التفسير

- المادة 5 - مبادئ التفسير
- المادة 6 - التعاريف

الفصل الثالث - شكل ومضمون التعهد

- المادة 7 - إصدار التعهد وشكله وعدم قابلية الرجوع فيه
- المادة 8 - التعديل
- المادة 9 - نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد
- المادة 10 - التنازل عن العائدات
- المادة 11 - انقضاء الحق في المطالبة بالسداد
- المادة 12 - انقضاء مدة صلاحية التعهد

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع

- المادة 13 - تحديد الحقوق والالتزامات
- المادة 14 - معيار سلوك الكفيل/المصدر ومسؤوليته
- المادة 15 - المطالبة
- المادة 16 - فحص المطالبة والمستندات المرفقة بها
- المادة 17 - سداد المطالبة
- المادة 18 - المقاصة

المادة 19 - الاستثناء من التزام السداد

الفصل الخامس - التدابير القضائية المؤقتة

المادة 20 - التدابير القضائية المؤقتة

الفصل السادس - تنازع القوانين

المادة 21 - اختيار القانون المنطبق

المادة 22 - تحديد القانون المنطبق

الفصل السابع - أحكام ختامية

المادة 23 - الوديع

المادة 24 - التوقيع والتصديق والقبول والإقرار والانضمام

المادة 25 - الانطباق على الوحدات الإقليمية

المادة 26 - نفاذ الإعلان

المادة 27 - التحفظات

المادة 28 - بدء النفاذ

المادة 29 - النقص

اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة

UNITED NATIONS CONVENTION ON INDEPENDENT GUARANTEES AND STAND-BY LETTERS OF CREDIT

الفصل الأول - نطاق التطبيق

المادة 1

نطاق التطبيق

- 1- تطبق هذه الاتفاقية على أي تعهد دولي مشار إليه في المادة 1:
(أ) إذا كان مكان عمل الكفيل/المصدر الذي يصدر فيه التعهد واقعاً في دولة متعاقدة،
أو
(ب) إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، ما لم يستبعد التعهد تطبيق الاتفاقية.
- 2- تطبق هذه الاتفاقية أيضاً على أي خطاب اعتماد دولي لا يندرج في إطار المادة 2 إذا كان ينص صراحة على أنه يخضع لهذه الاتفاقية.
- 3- تطبق أحكام المادتين 21 و 22 على التعهدات الدولية المشار إليها في المادة 2 بصرف النظر عن الأحكام الواردة بالفقرة 1 من هذه المادة.

المادة 2

التعهد

1- لأغراض هذه الاتفاقية، يمثل التعهد التزاما مستقلا، يعرف في الممارسة الدولية بأنه كفالة مستقلة أو خطاب اعتماد ضامن، مقدما من بنك أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر (الكفيل/المصدر) بأن يدفع للمستفيد مبلغا معينا أو قابلا للتعيين، لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة متنوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين أو يستدل منها استحقاق السداد بسبب تقصير في أداء التزام ما، أو بسبب حدث طارئ آخر، أو سدادا لمال مقترض أو مستلف، أو سدادا لأي دين مستحق السداد واقع على الأصيل/الطالب أو شخص آخر.

2- يجوز إعطاء التعهد:

(أ) بناء على طلب أو أمر من (الأصيل/الطالب) عميل الكفيل/المصدر، أو

(ب) بناء على أمر من بنك آخر أو مؤسسة أخرى أو شخص آخر "طرف أمر" يتصرف بناء على طلب من (الأصيل/الطالب) عميل ذلك الطرف الأمر: أو

(ت) لصالح الكفيل/المصدر نفسه.

3- يجوز أن ينص التعهد على أن يكون السداد في أي شكل من الأشكال، بما في ذلك:

(أ) السداد بعملة معينة أو وحدة حساب معينة،

(ب) قبول سفنجة¹ ،

(ت) السداد الآجل ،

(ث) تقديم شيء محدد ذي قيمة.

¹ السفنجة: كمبيالة أو سحب.

4- يجوز أن ينص التعهد على أن يكون الكفيل/المصدر نفسه هو المستفيد عندما يتصرف لصالح شخص آخر.

المادة 3

استقلال التعهد

لأغراض هذه الاتفاقية، يكون التعهد مستقلاً عندما لا يكون التزام الكفيل/المصدر تجاه المستفيد:

- (أ) مرهونا بوجود معاملة أصلية أو صلاحيتها، أو بأي تعهد آخر (بما في ذلك خطابات الاعتماد الضامنة أو الكفالات المستقلة التي يتعلق بها أي تثبيت للتعهد أو أي كفالة مقابلة)، أو
- (ب) خاضعا لأي شرط أو حكم غير وارد في نص التعهد، أو لأي فعل أو واقعة مستقبلية غير مؤكدة الوقوع عدا تقديم المستندات، أو أي فعل أو واقعة أخرى من هذا القبيل تدخل في نطاق عمليات الكفيل/المصدر.

المادة 4

الطابع الدولي للتعهد

1- يكون التعهد دوليا إذا كان مكان عمل أي شخصين من الأشخاص التاليين، حسب ما هو مذكور في التعهد، يقعان في دولتين مختلفتين: الكفيل/المصدر، المستفيد، الأصيل/الطالب، الطرف الأمر، المثبت.

2- لأغراض الفقرة السابقة:

- (أ) إذا ذكر في التعهد أكثر من مكان عمل واحد لشخص معين يؤخذ بأوثق تلك الأماكن صلة بالتعهد،
- (ب) إذا كان التعهد لا يذكر مكان عمل لشخص معين بل يبين محل إقامته المعتاد، يؤخذ بمحل الإقامة هذا في تقرير الطابع الدولي للتعهد.

الفصل الثاني - التفسير

المادة 5

مبادئ التفسير

لدى تفسير هذه الاتفاقية، يتعين إيلاء الاعتبار لطابعها الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في الممارسة الدولية المتبعة في الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

المادة 6

التعاريف

لأغراض هذه الاتفاقية، وما لم يبين خلاف ذلك صراحة في أحد أحكام الاتفاقية أو بمقتضى السياق:

- (أ) "التعهد" يشمل "الكفالة المقابلة" و"تثبيت التعهد" ؛
- (ب) "الكفيل/المصدر" يشمل "الكفيل المقابل" و"المثبت" ؛
- (ج) "الكفالة المقابلة" تعني تعهدا مقدما الى كفيل/مصدر لتعهد آخر من طرفه الأمر وينص على السداد لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة مشفوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، تبين، أو يستدل منها، أن الشخص المصدر للتعهد الآخر قد طوّل بالسداد، أو قام، بالسداد بموجب ذلك التعهد الآخر ؛
- (د) "الكفيل المقابل" يعني الشخص المصدر للكفالة المقابلة ؛
- (هـ) "تثبيت التعهد" يعني تعهدا مضافا الى تعهد الكفيل/المصدر ومأنونا به من الكفيل/المصدر، يوفر للمستفيد خيار توجيه المطالبة بالسداد الى المثبت بدلا من الكفيل/المصدر لدى تقديم مطالبة بسيطة أو مطالبة متنوعة بمستندات أخرى، حسب أحكام التعهد وأي من شروطه المستندية، دون مساس بحق المستفيد في مطالبة الكفيل/المصدر بالسداد ،
- (و) "المثبت" يعني الشخص الذي يضيف تثبيتا الى التعهد ؛

(ز) "المستند" يعني واسطة تخاطب في شكل يوفر تسجيلًا كاملاً لها.

الفصل الثالث - شكل ومضمون التعهد

المادة 7

إصدار التعهد وشكله وعدم قابلية الرجوع فيه

- 1- يقع إصدار التعهد حينما وحيثما يخرج التعهد من نطاق سيطرة الكفيل/المصدر المعني.
- 2- يجوز إصدار التعهد في أي شكل يحفظ تسجيلًا كاملاً لنص التعهد ويوفر توثيقاً لمصدره بالوسائل المتعارف عليها عموماً أو بإجراء يتفق عليه الكفيل/المصدر والمستفيد.
- 3- يجوز من وقت إصدار التعهد، أن يطالب بالسداد وفقاً لشروط وأحكام التعهد، ما لم ينص فيه على وقت آخر.
- 4- لا يجوز بعد إصدار التعهد، الرجوع فيه، ما لم ينص على جواز ذلك.

المادة 8

التعديل

- 1- لا يجوز تعديل التعهد إلا بالشكل المنصوص عليه في التعهد، أو بشكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 7 في حالة عدم وجود مثل هذا النص.
- 2- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يعتبر التعهد معدلاً لدى صدور التعديل إذا كان المستفيد قد سبق له الإذن بالتعديل.

- 3- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك وحيث لا يكون المستفيد قد سبق له الإنن بأي تعديل، لا يعدل التعهد إلا عندما يتلقى الكفيل/ المصدر إشعارا بقبول التعديل يصدره المستفيد بشكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 7.
- 4- لا يكون لتعديل التعهد أي أثر على حقوق والتزامات الأصيل/ الطالب (أو طرف أمر آخر) أو حقوق والتزامات مثبتت التعهد ما لم يوافق ذلك الشخص على التعديل.

المادة 9

نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد

- 1- لا يجوز نقل حق المستفيد في المطالبة بالسداد إلا إذا كان التعهد يأنن بذلك، وإلا بالقدر والكيفية المأذون بهما في التعهد.
- 2- إذا كان التعهد ينص على أنه قابل للنقل دون بيان ما إذا كانت موافقة الكفيل/ المصدر، أو شخص آخر مأذون له لازمة للنقل الفعلي أم لا، لا يكون الكفيل/ المصدر، ولا أي شخص آخر مأذون له، ملزما بتنفيذ النقل إلا بالقدر والكيفية اللذين وافق عليهما صراحة.

المادة 10

التنازل عن العائدات

- 1- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك، يجوز للمستفيد التنازل لشخص آخر عن أي عائدات قد يكون، أو قد يصبح، مستحقا لها بموجب التعهد.
- 2- إذا تلقى الكفيل/ المصدر، أو شخص آخر ملزم بالسداد، إشعارا صادرا عن المستفيد في شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة 2 من المادة

7 بتنازله غير القابل للرجوع فيه، فإن السداد الى المتنازل له يسبرئ الملتزم، بمقدار ما سدده، من التزامه بموجب التعهد.

المادة 11

انقضاء الحق في المطالبة بالسداد

- 1- ينقضي حق المستفيد في المطالبة بالسداد بموجب التعهد متى:
(أ) تلقى الكفيل/ المصدر بيانا صادرا عن المستفيد بإعفائه من الالتزام في شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 7 ؛
(ب) اتفق المستفيد والكفيل/ المصدر على إنهاء التعهد بالشكل المنصوص عليه في التعهد أو بشكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 7 في حالة عدم وجود مثل هذا النص؛
(ج) تم سداد المبلغ المتاح بموجب التعهد، ما لم ينص التعهد على التجدد التلقائي للمبلغ أو على زيادة تلقائية للمبلغ المتاح أو ما لم ينص بأي شكل آخر على استمرار التعهد؛
(د) انقضت مدة صلاحية التعهد وفقا لأحكام المادة 12.
- 2- يجوز أن ينص التعهد، أو أن يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير هذا التعهد، على أن إعادة المستند الوارد فيه التعهد الى الكفيل/ المصدر أو أي إجراء يعادل عمليا إعادة المستند في حالة إصدار التعهد في شكل غير ورقي، تمثل وحدها أو بالاقتران مع إحدى الوقائع المشار إليها في الفقرتين الفرعيتين (أ) و(ب) من الفقرة 1 من هذه المادة، شرطا لازما لانقضاء الحق في المطالبة بالسداد. ومهما يكن من أمر، فإن احتفاظ المستفيد بأي مستند من هذا القبيل بعد انقضاء الحق في المطالبة بالسداد وفقا للفقرتين الفرعيتين (ج) و(د) من الفقرة 1 من هذه المادة، لا يحفظ بأي حال من الأحوال أي حقوق للمستفيد بموجب التعهد.

المادة 12

انقضاء مدة صلاحية التعهد

تتقضي فترة صلاحية التعهد:

(أ) في تاريخ الانقضاء، الذي يمكن تاريخا تقويميا محسدا أو اليوم الأخير من فترة زمنية محددة منصوص عليها في التعهد، على أنه إذا لم يكن تاريخ الانقضاء يوم عمل في مكان عمل الكفيل/المصدر الذي يصدر فيه التعهد، أو مكان عمل شخص آخر، أو في مكان آخر منصوص عليه في التعهد لتقديم المطالبة بالسداد، يقع الانقضاء في أول يوم عمل يليه ؛

(ب) إذا كان الانقضاء يتوقف حسبما ورد في التعهد على وقوع فعل أو واقعة لا تدخل في نطاق عمليات الكفيل/المصدر، فعندما يبلغ الكفيل/المصدر بوقوع الفعل أو الواقعة بتقديم المستند المحدد في التعهد لذلك الغرض، وإن لم يحدد مثل هذا المستند، فبتقديم شهادة مصدقة من المستفيد بوقوع الفعل أو الواقعة ؛

(ج) إذا لم يذكر في التعهد أي موعد للانقضاء أو إذا لم يكن قد تم بعد إثبات حدوث الفعل أو الواقعة التي ذكر أن الانقضاء متوقف عليها بتقديم المستند المطلوب ولم يكن تاريخ الانقضاء قد ذكر علاوة على ذلك، فعند انقضاء ست سنوات على تاريخ إصدار التعهد.

الفصل الرابع - الحقوق والالتزامات والدفع

المادة 13

تحديد الحقوق والالتزامات

1- تحدد حقوق والتزامات الكفيل/المصدر والمستفيد الناشئة عن التعهد بمقتضى الأحكام والشروط المبينة في التعهد، بما في ذلك أي قواعد أو

شروط عامة أو أعراف مشار إليها بالتحديد فيه وكذلك بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية.

2- في تفسير أحكام وشروط التعهد، وفي تسوية المسائل التي لا تتناولها أحكام وشروط التعهد أو أحكام هذه الاتفاقية، تراعى القواعد والأعراف الدولية المتعارف عليها في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة.

المادة 14

معيار سلوك الكفيل/المصدر ومسؤوليته

1- يتعين على الكفيل/المصدر في أداء التزاماته بموجب التعهد وبمقتضى هذه الاتفاقية، أن يتصرف بحسن نية وأن يتوخى قدرا معقولا من الحرص، مع إيلاء الاعتبار الواجب للمعايير المتعارف عليها في الممارسات الدولية الخاصة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة.

2- لا يجوز إعفاء الكفيل/المصدر من المسؤولية عن عدم تصرفه بحسن نية أو عن أي سلوك يتسم بالإهمال الجسيم.

المادة 15

المطالبة

1- تقدم أي مطالبة بالسداد بمقتضى التعهد في شكل من الأشكال المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 7 وطبقا لشروط وأحكام التعهد.

2- ما لم ينص التعهد، على خلاف ذلك، يتعين تقديم أي تصديق أو أي مستند آخر يقتضيه التعهد، في غضون الوقت الذي تجوز فيه المطالبة بالسداد، الى الكفيل/المصدر في المكان الذي صدر فيه التعهد.

3- يعتبر المستفيد، إذ يطالب بالسداد، أنه يصدق على أن المطالبة ليست صادرة عن سوء نية، وأنها لا تتطوي على أي من العناصر المشار

إليها في الفقرات الفرعية (أ) و (ب) و (ج) من الفقرة 1 من المادة 19.

المادة 16

فحص المطالبة والمستندات المرفقة بها

1- يقوم الكفيل/ المصدر بفحص المطالبة وأي مستندات مرفقة بها وفقاً لمعيار السلوك المشار إليه في الفقرة 1 من المادة 14. وعند تقرير ما إذا كانت المستندات مطابقة ظاهرياً لشروط وأحكام التعهد، ومتسقة فيما بينها، يولي الكفيل/ المصدر الاعتبار الواجب للمعيار الدولي المعمول به في الممارسات الخاصة بالكفالات المستقلة أو خطابات الاعتماد الضامنة.

2- ما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد على خلاف ذلك، يتاح للكفيل/ المصدر وقت معقول، ولكن لا يزيد على سبعة أيام عمل اعتباراً من اليوم التالي ليوم تسلم المطالبة وأي مستندات مرفقة بها، لكي:

(أ) يفحص المطالبة وأي مستندات مرفقة بها ؛

(ب) ويقرر ما إذا كان سيقوم بالسداد أم لا ؛

(ج) فإذا كان قراره هو عدم السداد فلكي يصدر إشعاراً بذلك للمستفيد.

وما لم ينص التعهد، أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد على خلاف ذلك، يزيل الإشعار المشار إليه في الفقرة الفرعية (ج) أعلاه بإحدى وسائل الإرسال السلوكية أو اللاسلوكية، أما إذا تعذر ذلك، فبوسيلة أخرى سريعة ويبين الإشعار السبب في قرار عدم السداد.

المادة 17

سداد المطالبة

- 1- رهنا بأحكام الفقرة 19 يقوم الكفيل/ المصدر بالسداد استجابة لمطالبة مقدمة وفقا لأحكام المادة 15، وبعد التأكد من أن المطالبة بالسداد تمتثل لتلك الأحكام، يتم السداد على الفور، ما لم ينص التعهد على سداد أجل، وفي هذه الحالة يتم السداد في الوقت المنصوص عليه.
- 2- ليس من شأن أي سداد يتم استجابة لمطالبة لا تتفق وأحكام المادة 15 أن يمس حقوق الأصيل/ الطالب.

المادة 18

المقاصة

ما لم ينص التعهد أو يتفق الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد، على خلاف ذلك يجوز للكفيل/ المصدر أن يستفيد في أداء الالتزام بمقتضى التعهد من حق في المقاصة باستثناء أية مطالبة يتنازل له عنها الأصيل/ الطالب أو الطرف الأمر.

المادة 19

الاستثناء من التزام السداد

- 1- إذا كان من البين والواضح:
 - (أ) أن أي مستند مقدم مزور أو قد جرى تزيفه؛ أو
 - (ب) أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة؛ أو
 - (ج) أن المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها أساس يمكن تصوره.

كان للكفيل/المصدر، متصرفا بحسن نية، الحق، إزاء المستفيد، في أن يمتنع عن السداد.

- 2- لأغراض الفقرة (ج) من الفقرة 1 من هذه المادة، ترد فيما يلي أنواع الحالات التي لا يتصور أن يكون فيها أساس للمطالبة:
- (أ) حيث لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحدث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه؛
- (ب) حيث يكون الالتزام الأصلي الواقع على الأصيل/ الطالب قد أعلنت بطلانه محكمة أو هيئة تحكيم، ما لم يبين التعهد أن هذا الحدث الاحتمالي يندرج ضمن المخاطر التي يغطيها التعهد؛
- (ج) حيث لا يكون هناك شك في أن الالتزام الأصلي قد تم أدائه على نحو يرضي المستفيد؛
- (د) حيث يكون من الواضح أن الذي حال دون أداء الالتزام الأصلي هو تصرف معيب متعمد من المستفيد؛
- (هـ) في حالة مطالبة بمقتضى كفالة مقابلة، حيث يكون المستفيد من الكفالة المقابلة قد قام بالسداد بسوء نية باعتباره الكفيل/ المصدر للتعهد الذي تتعلق به الكفالة المقابلة.

- 2- في الظروف المذكورة في الفقرات الفرعية (أ) و(ب) و(ج) من الفقرة 1 من هذه المادة، يكون للأصيل/ الطالب الحق في اتخاذ تدابير قضائية مؤقتة عملا بالمادة 20 .

الفصل الخامس - التدابير القضائية المؤقتة

المادة 20

التدابير القضائية المؤقتة

- 1- إذا ورد في التماس من الأصيل/ الطالب أو الطرف الأمر ما يدل على قيام احتمال قوي بوجود ظرف من الظروف المشار إليها في الفقرات

الفرعية (أ) أو (ب) أو (ج) من الفقرة 1 من المادة 19 فيما يتعلق بمطالبة قدمها المستفيد أو يتوقع أن يقدمها، جاز للمحكمة استنادا الى ما يتاح فوراً من أدلة قوية:

(أ) أن تصدر أمراً مؤقتاً بالآلا يحصل المستفيد على المبلغ المطالب به، بما في ذلك الأمر بأن يحتفظ الكفيل/ المصدر بمبلغ التعهد؛ أو
(ب) أن تصدر أمراً مؤقتاً بتجميد عائدات التعهد التي دفعت للمستفيد، واطعة في الاعتبار ما إذا كان من المحتمل أن يعاني الأصيل/ الطالب من ضرر جسيم في حال عدم إصدار مثل هذا الأمر.

2- يجوز للمحكمة عند إصدار الأمر المؤقت المشار إليه في الفقرة 1 من هذه المادة، أن تلزم الشخص الذي يلتمس إصدار هذا الأمر بأن يقدم تأميناً في الشكل الذي تراه المحكمة مناسباً.

3- لا يجوز للمحكمة أن تصدر أمراً مؤقتاً من النوع المشار إليه في الفقرة 1 من هذه المادة بناء على أي اعتراض على السداد غير الاعتراضات المشار إليها في الفقرات الفرعية (أ) أو (ب) أو (ج) من الفقرة 1 من المادة 19؛ أو على استعمال التعهد لغرض إجرامي.

الفصل السادس - تنازع القوانين

المادة 21

اختيار القانون المنطبق

يخضع التعهد للقانون الذي يكون اختياره:

(أ) قد نص عليه في التعهد أو يتبين من شروط وأحكام التعهد؛ أو
(ب) قد اتفق عليه بين الكفيل/ المصدر والمستفيد في غير التعهد.

المادة 22

تحديد القانون المنطبق

في حال عدم اختيار قانون وفقا للمادة 21، يخضع التعهد لقانون الدولة التي يقع فيها مكان عمل الكفيل/ المصدر الذي أصدر فيه التعهد.

الفصل السابع - أحكام ختامية

المادة 23

الوديع

الأمين العام للأمم المتحدة هو وديع هذه الاتفاقية.

المادة 24

التوقيع والتصديق والقبول والإقرار والانضمام

- 1- هذه الاتفاقية معروضة لتوقيع جميع الدول عليها، في مقر الأمم المتحدة، نيويورك، حتى 11 كانون الأول/ ديسمبر 1997 .
- 2- هذه الاتفاقية قابلة للتصديق أو القبول أو الإقرار من جانب الدول الموقعة عليها.
- 3- باب الانضمام الى هذه الاتفاقية مفتوح أمام جميع الدول غير الموقعة عليها اعتبارا من تاريخ عرضها للتوقيع.
- 4- تودع صكوك التصديق والقبول والإقرار والانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة 25

الانطباق على الوحدات الإقليمية

- 1- إذا كان للدولة وحدتان إقليميتان أو أكثر تطبق فيها أنظمة قانونية مختلفة فيما يتعلق بالمسائل التي تتناولها هذه الاتفاقية، جاز لهذه الدولة أن تعلن عند التوقيع أو التصديق أو الإقرار أو الانضمام، أن هذه الاتفاقية تسري على جميع وحداتها الإقليمية أو على واحدة فقط أو أكثر من هذه الوحدات، ولها، في أي وقت، أن تستبدل بإعلانها السابق إعلانا آخر.
- 2- تبين في هذه الإعلانات صراحة الوحدات الإقليمية التي تسري عليها الاتفاقية.
- 3- إذا لم تسر هذه الاتفاقية، بموجب إعلان صادر وفقا لهذه المادة، على جميع الوحدات الإقليمية للدولة وكان مكان عمل الكفيل/المصدر أو المستفيد كائنا في وحدة إقليمية لا تسري عليها هذه الاتفاقية، يعتبر مكان العمل المذكور غير كائن في دولة متعاقدة.
- 4- إذا لم تصدر الدولة أي إعلان بموجب الفقرة 1 من هذه المادة، تسري الاتفاقية على جميع الوحدات الإقليمية لهذه الدولة.

المادة 26

نفاذ الإعلان

- 1- تكون الإعلانات الصادرة وقت التوقيع بموجب المادة 25 مرتبهة بالتأكد عند التصديق أو القبول أو الإقرار.
- 2- تصدر الإعلانات وتؤكد كتابة ويخطر بها الوديع رسميا.
- 3- يصبح الإعلان نافذا مع بدء نفاذ هذه الاتفاقية بالنسبة للدولة المعنية، غير أن كل إعلان يتلقى الوديع إخطارا رسميا به بعد بدء نفاذ هذه الاتفاقية حيز النفاذ يصبح نافذا في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تاريخ استلام الوديع للإخطار.

4- يجوز لكل دولة تصدر إعلاناً بموجب المادة 25 سحب هذا الإعلان في أي وقت بإخطار رسمي كتابي موجه إلى الوديع. ويكون هذا السحب نافذاً في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على استلام الوديع للإخطار.

المادة 27

التحفظات

لا يجوز إيداء أي تحفظات على هذه الاتفاقية.

المادة 28

بدء النفاذ

- 1- يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة على تاريخ إيداع الصك الخامس الخاص بالتصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام.
- 2- بالنسبة لكل دولة تصبح دولة متعاقدة في هذه الاتفاقية بعد تاريخ إيداع الصك الخامس الخاص بالتصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام، يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة على تاريخ إيداع الصك اللازم من قبل تلك الدولة.
- 3- لا تطبق هذه الاتفاقية إلا على الالتزامات الصادرة في تاريخ أو بعد تاريخ بدء نفاذ الاتفاقية بالنسبة للدول المتعاقدة المشار إليها في الفقرة الفرعية (أ) أو الدولة المتعاقدة المشار إليها في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة 1 من المادة 1.

المادة 29

النقض

- 1- يجوز لكل دولة متعاقدة أن تنقض هذه الاتفاقية في أي وقت بإخطار كتابي موجه الى الوديع.
- 2- يبدأ نفاذ النقض في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة على استلام الوديع للإخطار. وإذا حددت في الإخطار فترة أطول، يكون النقض نافذا لدى انقضاء تلك الفترة الأطول بعد استلام الوديع للإخطار.
- 3- حررت في نيويورك هذا اليوم الحادي عشر من كانون الأول / ديسمبر سنة ألف وتسعمائة وخمسة وتسعين في نسخة أصلية واحدة وتتساوى نصوصها الإسبانية والإنكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية في الحجية.
- 4- وإثباتا لذلك، قام الموقعون أدناه، المفوضون حسب الأصول من حكوماتهم، بالتوقيع على هذه الاتفاقية.

من القانون التجاري والمدني الكويتي

المحتوى

من قانون التجارة الكويتي

الاعتماد المستندي

الخصم

خطاب الضمان

من القانون المدني الكويتي

الفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير

(أولا) تسلم غير المستحق

(ثانيا) الفضالة

القانون

الكفالة

(أولا) أركان الكفالة

(ثانيا) آثار الكفالة

العلاقة ما بين الكفيل والدائن

العلاقة ما بين الكفيل والمدين

**من قانون التجارة الكويتي
المعدل والمعمول به
من 25 فبراير 1981**

" مرسوم بالقانون رقم 68 لسنة 1980 "

الفرع السادس: الاعتماد المستندي

و

الفرع السابع: الخصم

و

الفرع الثامن: خطابات الضمان

الفرع السادس - الاعتماد المستندي

مادة 367

- 1- الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (الامر بفتح الاعتماد) لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.
- 2- ويعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلا عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه. ويبقى البنك أجنبيا عن هذا العقد.

مادة 368

يجب أن تحدد بدقة في الأوراق الخاصة بطلب فتح الاعتماد المستندي أو تأييده أو الإخطار به المستندات التي تنفذ في مقابلها عمليات الوفاء أو القبول أو الخصم.

مادة 369

يلتزم البنك الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة لما ورد في هذا العقد من بيانات وشروط.

مادة 370

- 1- يجوز أن يكون الاعتماد المستندي بائنا أو قابلا للنقض.
- 2- ويجب أن ينص صراحة في عقد فتح الاعتماد على بيان نوعه. فإذا لم ينص على ذلك اعتبر الاعتماد قابلا للنقض¹.

¹ لاحظ الفرق في هذه الفقرة مع نص الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية النشرة 500 - المعدلة في سنة 1993.

مادة 371

لا يترتب على الاعتماد المستندي القابل للنقض أي التزام على البنك قبل المستفيد ويجوز للبنك في كل وقت تعديله أو إلغاؤه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأمر دون حاجة إلى إخطار المستفيد، بشرط أن يقع التعديل أو الإلغاء بحسن نية وفي وقت مناسب.

مادة 372

- 1- يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندي البات قطعياً ومباشراً قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك المسحوب تنفيذاً للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه.
- 2- ولا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوي الشأن.
- 3- ويجوز تأييد الاعتماد البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة قبل المستفيد.
- 4- ولا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً منه لهذا الاعتماد.

مادة 373

- 1- يجب أن يتضمن كل اعتماد مستندي بات تاريخاً أقصى لصلاحية الاعتماد وتقديم المستندات بقصد الوفاء أو القبول أو الخصم.
- 2- وإذا وقع التاريخ المعين لانتهاء صلاحية الاعتماد في يوم عطلة للبنوك امتدت مدة الصلاحية إلى أول يوم عمل تال للعطلة.
- 3- وفيما عدا أيام العطلات لا تمتد صلاحية الاعتماد ولو صادف تاريخ انتهائها انقطاع أعمال البنك بسبب ظروف قاهرة ما لم يكن هناك تفويض صريح بذلك من الأمر.

مادة 374

- 1- على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد.
- 2- وإذا رفض البنك المستندات فعليه أن يخطر الأمر فوراً بالرفض مبيناً له أسبابه.

مادة 375

- 1- لا يسأل البنك إذا كانت المستندات المقدمة مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر.
- 2- كما لا يتحمل البنك أية مسؤولية فيما يتعلق بتعيين البضاعة التي فتح بسببها الاعتماد أو بكميتها أو وزنها أو حالتها الخارجية أو تغليفها أو قيمتها ولا فيما يتعلق بتنفيذ المرسلين أو المؤمنين لالتزاماتهم.

مادة 376

- لا يجوز التنازل عن الاعتماد المستندي ولا تجزئته إلا إذا كان البنك الذي فتحه مانوناً من الأمر في دفعه كله أو بعضه إلى شخص أو جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صريحة صادرة من هذا المستفيد.
- ولا يتم التنازل إلا بموافقة صريحة من البنك. ولا يجوز التنازل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك.

مادة 377

إذا لم يدفع الأمر بفتح الاعتماد إلى البنك قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره بوصول تلك المستندات، فللبنك بيع البضاعة بإتباع طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً.

الفرع السابع - الخصم

مادة 378

الخصم عقد يعجل البنك بمقتضاه الى حامل ورقة تجارية أو أي صك آخر قابل للتداول لم يحل أجل استحقاقه القيمة الثابتة بالصك مخصصا منها الفائدة والعمولة، مقابل انتقال ملكية الصك إليه، مع التزام المستفيد برد القيمة الى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي.

مادة 379

- 1- تحسب الفائدة على أساس الوقت الذي ينقضي حتى تاريخ حلول أجل استحقاق الصك.
- 2- وتقدر العمولة على أساس قيمة الصك.
- 3- ويجوز تعيين حد أدنى للعمولة.

الفرع الثامن - خطاب الضمان

مادة 382

خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الأمور) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله.

مادة 383

- 1- يجوز للبنك أن يطلب تقديم تأمين مقابل إصدار خطاب الضمان.
- 2- ويجوز أن يكون التأمين تنازلا من الأمر عن حقه قبل المستفيد.

مادة 384

لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك.

مادة 385

لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد.

مادة 386

تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها.

مادة 387

إذا وفى البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي دفعه.

**من القانون المدني الكويتي
المعمول به ابتداء من 25 فبراير 1981**

**" مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980
بإصدار القانون المدني "**

(1) الفعل النافع أو " الإثراء دون سبب على حساب الغير".

(2) القانون.

(3) الكفالة.

الفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير

(مادة 262)

كل من يثرى دون سبب مشروع، على حساب آخر، يلتزم، في حدود ما أثري به، بتعويض هذا الشخص الآخر عما لحقه من ضرر. ويبقى هذا الالتزام قائماً، ولو زال الإثراء بعد حصوله.

(مادة 263)

تسقط دعوى الإثراء بلا سبب بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقه الضرر بحقه في التعويض، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق، أي المدتين أقرب.

(أولاً) تسلم غير المستحق

(مادة 264)

كل من تسلم ما ليس مستحقاً له، التزم برده.

(مادة 265)

إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله، وكان الموفي جاهلاً قيام الأجل، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل، في حدود ما لحق المدين من ضرر.

(مادة 266)

لا محل لاسترداد غير المستحق، إذا حصل الوفاء من غير المدين، وترتب عليه أن الدائن، وهو حسن النية، تجرد من سند الدين، أو مما كان يضمن حقه من تأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الفترة التي لا تسمع الدعوى بعد انقضائها.

(مادة 267)

- (1) إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. فإذا كان سيء النية، فإنه يلتزم أن يرد أيضا الثمار التي جناها أو التي قصر في جنيها، وذلك من يوم تسلمه الشيء، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، بحسب الأحوال.
- (2) وعلى أي حال، يلتزم من تسلم غير المستحق برد الثمار من يوم رفع الدعوى عليه برده.

(مادة 268)

إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملتزما بالرد، إلا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبر قانونا.

(ثانيا) الفضالة

(مادة 269)

- (1) الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بأمر عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك.
- (2) وتتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأن نفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشائين من ترابط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر.

(مادة 270)

إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي، سرت قواعد الوكالة.

(مادة 271)

يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من أن يتولاه بنفسه. كما يجب عليه أن يبادر بإخطار رب العمل بتدخله عندما يتيسر له ذلك.

(مادة 272)

- (1) يلتزم الفضولي بأن يبذل، في القيام بالعمل، عناية الشخص العادي، فإن قصر في ذلك التزم بتعويض الضرر الناجم عن خطئه.
- (2) ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقض التعويض المترتب على خطأ الفضولي أو يعفيه منه، إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

(مادة 273)

إذا عهد الفضولي الى غيره بالعمل، كله أو بعضه، كان مسؤولاً عن أعماله، في مواجهة رب العمل، دون إخلال بحق رب العمل في الرجوع مباشرة على هذا الغير.

(مادة 274)

يلتزم الفضولي بأن يرد الى رب العمل كل ما أخذه بسبب الفضالة، كما يلتزم بأن يقدم له حساباً عما قام به، وذلك على نحو ما يلتزم به الوكيل قبل الموكل.

(مادة 275)

- (1) إذا مات الفضولي، التزم ورثته إزاء رب العمل بما يلتزم به ورثة الوكيل إزاء موكله.
- (2) وإذا مات رب العمل، بقي الفضولي ملتزماً نحو ورثته بما كان ملتزماً به نحوه.

(مادة 276)

- (1) يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل، إذا كان قد بذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالة، يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها، وبأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، وبأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.
- (2) ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله، إلا أن يكون من أعمال مهنته.

(مادة 277)

إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد، فلا يكون في قيامه بالعمل مسؤولاً إلا في حدود ما أثري به، وذلك ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع.

(مادة 278)

تسقط دعوى الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من يوم العلم بنشوء الحق أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه، أي المدتين أقرب.

القانون

(مادة 279)

الالتزامات التي يربتها القانون على وقائع أخرى، غير العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع، تسري في شأنها النصوص الخاصة بها.

الكفالة

(مادة 745)

الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته الى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين.

(أولاً) أركان الكفالة

(مادة 746)

الكفالة لا تفترض، ويجب أن يكون رضا الكفيل صريحا.

(مادة 747)

- (1) إذا التزم شخص بتقديم كفيل، وجب عليه أن يقدم كفيلاً موسراً يكون موطنه في الكويت، فإن تعذر عليه ذلك، كان له أن يقدم تأميناً عينياً كافياً.
- (2) وإذا أعسر الكفيل بعد الكفالة، أو لم يعد له موطن في الكويت، وجب تقديم كفيل آخر أو تأمين عيني كاف.

(مادة 748)

تجوز كفالة المدين بغير علمه، كما تجوز أيضاً رغم معارضته.

(مادة 749)

- (1) تجوز كفالة الالتزام المستقبلي، إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل.
- (2) وإذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته، كان له في أي وقت أن يرجع فيها، ما دام الالتزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في وقت مناسب.

(مادة 750)

- (1) لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا.
- (2) وإذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وأبطل التزامه، التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مدينا أصليا.

(مادة 751)

- (1) لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.
- (2) ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون.

(مادة 752)

تشمل الكفالة الالتزام المكفول وتوابعه، كما تشمل مصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من مصروفات بعد إخطار الكفيل. وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه.

(ثانيا) آثار الكفالة

1- العلاقة ما بين الكفيل والدائن:

(مادة 753)

يبرأ الكفيل ببراءة المدين.

(مادة 754)

- (1) للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.
- (2) على أنه ليس للكفيل أن يتمسك بنقص أهلية المدين إذا كانت الكفالة بسبب ذلك.

(مادة 755)

- إذا قبل الدائن أن يستوفي من غير الكفيل، شيئاً آخر في مقابل الدين، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل.

(مادة 756)

- (1) تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات.
- (2) ويقصد بالتأمينات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون.

(مادة 757)

- (1) لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين أو لمجرد تأخره في اتخاذها.
- (2) ومع ذلك إذا أنذر الكفيل الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، كان للكفيل أن يطلب براءة ذمته إذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإنذار ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً.
- (3) ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن للمدين أجلاً دون موافقة الكفيل.

(مادة 758)

إذا أفلس المدين، ولم يتقدم الدائن بالدين في التقلية، سقط حقه في الرجوع على الكفيل، بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم بدينه فيها.

(مادة 759)

- (1) إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكفلوا نفس الدين ونفس المدين، وكانوا غير متضامين فيما بينهم، قسم الدين عليهم بالتساوي ما لم يبين العقد مقدار ما يكفل كل منهم.
- (2) فإذا التزم الكفلاء بعقود متوالية، كان كل منهم مسؤولاً عن الدين كله ما لم يحتفظ لنفسه بحق التقسيم.

(مادة 760)

- (1) لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، كما لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين.
- (2) ويجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بحقه.

(مادة 761)

- (1) إذا طلب الكفيل تجريد المدين، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله.
- (2) ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت متنازعة فيها أو كانت موجودة في خارج الكويت.

(مادة 762)

في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين بسبب عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب.

(مادة 763)

إذا كان هناك تأمين عيني مقرر على مال للمدين ضمانا للدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، جاز للكفيل، إذا لم يكن متضامنا مع المدين، أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو.

(مادة 764)

- (1) يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.
- (2) وإذا كان الدين المكفول مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل أو لعدل، إذا عارض المدين في تسليمه للكفيل.
- (3) وإذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، التزم الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لسريان حلول الكفيل محله فيه، ويتحمل الكفيل مصروفات هذه الإجراءات على أن يرجع بها على المدين.

(مادة 765)

الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيلا للكفيل، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصليا بالنسبة إليه.

(مادة 766)

في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين.

(مادة 767)

يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين.

(مادة 768)

إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم أو كانت كفالتهم بعقود متواليّة، ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم.

2- العلاقة ما بين الكفيل والمدين:

(مادة 769)

يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين. وإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يطلب إدخال المدين خصما في الدعوى. فإن لم يقم بإخطار المدين قبل وفاء الدين أو لم يطلب إدخاله خصما في الدعوى، سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان المدين قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب من شأنها أن تؤدي إلى بطلانه أو انقضائه.

(مادة 770)

للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين، بما أداه من أصل الدين وتوابعه وبمصرفات المطالبة الأولى، وبما يكون قد أنفقه من مصروفات من وقت إخطاره المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده.

(مادة 771)

إذا وفى الكفيل كل الدين أو بعضه، حل محل الدائن في حقه طبقاً لقواعد الحلول القانوني.

(مادة 772)

إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم، فالكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بكل ما وفاه من الدين.

مصادر الكتاب

المصادر العربية:

- (1) الاعتمادات المستندية من المنظورين التجاري والقانوني - للمؤلف "جمال عبد الخضر عبد الرحيم".
- (2) قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- (3) قانون التجارة البحرية اللبناني.
- (4) قانون التجارة البحرية السوري.
- (5) قانون التجارة الكويتي والمذكرة الإيضاحية.
- (6) قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المكملة له (الكويتي) والمذكرة الإيضاحية.
- (7) القانون المدني الكويتي.
- (8) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي معدلة بالقانون رقم 15 لسنة 1996 - طبعة سنة 1998.
- (9) قانون رقم 41 لسنة 1993 في شأن شراء الدولة بعض المديونيات وكيفية تحصيلها ولائحته التنفيذية - طبعة بنك الكويت المركزي، دولة الكويت.
- (10) اتفاقية الجات وآثارها على دول الخليج العربية - مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية.
- (11) الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 400 - غرفة التجارة الدولية.
- (12) الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية نشرة رقم 500 - غرفة التجارة الدولية.

(13) القانون التجاري "العقود التجارية في ضوء الفقه والقضاء" - للدكتور
عبد الحميد الشواربي - رئيس محكمة والمفتش القضائي بجمهورية
مصر العربية.

(14) النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية "دراسة تطبيقية خاصة
بالاعتمادات المستندية" للدكتور عصام الدين القسبي أستاذ القانون
الدولي الخاص بكلية الحقوق في جامعة المنصورة - جمهورية مصر
العربية.

(15) موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية للدكتور محي
الدين اسماعيل علم الدين.

(16) محاضرات في دورة التشريعات المصرفية - للدكتور سليمان
عبد المجيد المستشار العام للبنك الأهلي الكويتي - معهد الدراسات
المصرفية - دولة الكويت.

(17) مجلة القضاء والقانون - وزارة العدل الكويتية محكمة الاستئناف
العليا "المكتب الفني" - العدد الثاني للسنة العاشرة 1983/10/1.

(18) اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة - الصادرة من لجنة الأمم
المتحدة للقانون التجاري الدولي - UNCITRAL .

(19) مجموعة المكتب الفني للسنة 30 ع 3 - مصر.

(20) الموسوعة التجارية الحديثة في أحكام محكمة النقض منذ إنشائها حتى
الآن - للأستاذ عبد المنعم دسوقي المستشار بمحكمة النقض المصرية
- جمهورية مصر العربية.

(21) مدونة القانون المدني - للأستاذ معوض عبد التواب رئيس نيابة
النقض والمفتش القضائي - جمهورية مصر العربية.

(22) الكامل في قانون التجارة - عمليات المصارف - الجزء الثالث
للأستاذ الياس ناصيف.

(23) مجلة القانون التجاري الفصلية - تموز 1972.

(24) عمليات البنوك من الوجهة القانونية "للدكتور جمال الدين عوض" أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق في جامعة القاهرة.

(25) خطابات الضمان المصرفية - للدكتور علي جمال الدين عوض.

(26) الاعتمادات المستندية "دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية" - للدكتور علي جمال الدين عوض.

(27) القانون التجاري للدكتور علي جمال الدين عوض.

(28) الغش الإجرائي والغش في التقاضي والتفويض للدكتور سيد أحمد محمود، أستاذ قانون المرافعات المساعد بكلية الحقوق - جامعة عين شمس والمعار بجامعة الكويت.

(29) مشكلات المسؤولية المدنية للدكتور محمود جمال الدين زكي.

(30) آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها للدكتور أحمد ماهر زغلول.

(31) الحيابة "دراسة تأصيلية للحيابة من الناحيتين المدنية والجنائية" - للدكتور محمد المنجي رئيس محكمة بالإسكندرية.

(32) مسؤولية الخصم - للدكتور إبراهيم النيفاوي.

(33) القانون الروماني - للدكتور عمر ممدوح.

(34) المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب - دراسة للمصادر غير الإرادية للالتزام وفقا للقانون المدني الكويتي - للدكتور إبراهيم السموقي أبو الليل أستاذ القانون المدني ورئيس قسم القانون الخاص - كلية الحقوق بجامعة الكويت.

(35) فتح العولمة - الإعتداء على الديموقراطية والرفاهية" تأليف الدكتور في العلوم القانونية هانس بيتر مارتين والمحرر في مجلة Tageszeitung في برلين سابقا ومدير مجلة دير شبيغل البرلينية المهندس هارالد شومان - إصدار المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - دولة الكويت.

(36) الإعتقاد المستندي - البيع سيف ومسؤولية الناقل البحري - المحامي محمد ديب.

(37) الإعتقاد المستندي من المنظور العلمي والمنظور القانوني - الدكتور صليب بطرس كبير الاختصاصيين الاقنصاديين في السفارة الأمريكية بالقاهرة والمستشار السابق بالمحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية ياقوت العشماوي.


المصادر الأجنبية:

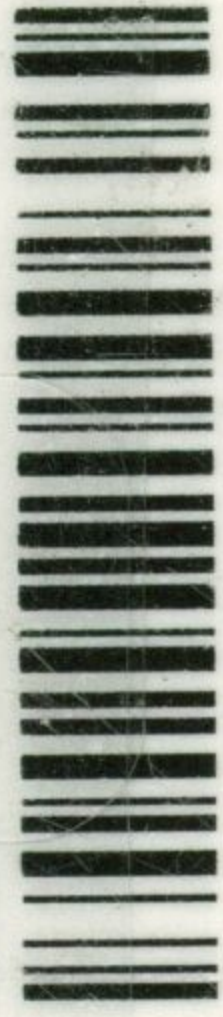
- (38) Uniform Commercial Code - 1978-9th ed.- The American Law Institute.
- (39) Uniform Commercial Code of Ohio.
- (40) Introduction to the Law of International - David Tiplady.
- (41) Conflict of Laws - Dicey & Morris.
- (42) International Standby Credits Practices - ISP98 - International Chamber of Commerce - Paris - Publication No.590
- (43) United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit - United Nations.
- (44) Business Law - Anderson and Kump. Professor of Law and Government Mr. Ronald A. Anderson.
- (45) Euromoney Legal Training - International Guarantees Program 1995 - London - U.K. - Prof. Alan Ward - Rowansbank Associates.
- (46) Opinions of the International Chamber of Commerce (1984-1986) ICC Publication 434.
- (47) Decisions of The International Chamber of Commerce 1975-1979 Publication No.371.
- (48) Decisions of The International Chamber of Commerce 1981-1986 Publication No.434.
- (49) Uniform Rules for Demand Guarantees - International Chamber of Commerce Publication No.458.
- (50) Uniform Rules for Contract Bonds - International Chamber of Commerce Publication No.524.
- (51) INSIGHT -Documentary Credits - International Chamber of Commerce - Vol. 4 / Autumn 1998

المؤلف في سطور

- من مواليد دولة الكويت أغسطس 1956.
- بكالوريوس إدارة أعمال - الولايات المتحدة الأمريكية - إبريل 1981.
- له عدة مؤلفات في الروايات وعمليات تمويل التجارة الدولية و قوانينها وفي التاريخ.
- مساعد مدير عام " رئيس مجموعة العمليات والخدمات الإدارية " في البنك الأهلي الكويتي - دولة الكويت - منذ سبتمبر 1997.
- كما مثل بنك الخليج سابقا يمثل حاليا البنك الأهلي الكويتي في عدة لجان من لجان لجنة المصارف الكويتية.
- عمل لدى بنك الخليج - دولة الكويت - من فبراير 1986 إلى سبتمبر 1997 وشغل منصب مدير أول "رئيس قطاع العمليات للبنك".
- عمل لدى البنك التجاري الكويتي - دولة الكويت - من يوليو 1981 إلى يناير 1986.
- أنتدب أثناء عمله لدى البنك التجاري الكويتي في صيف 1985 للعمل في البنك الكويتي الفرنسي - فرع نيس - فرنسا.
- عمل لدى شركة امباكس إنترناشيونال Impex International Inc. Ames Iowa - U.S.A متخصصا في عمليات التجارة الخارجية لدول الخليج العربي من سنة 1979 حتى سنة 1981.
- ملازم احتياط في سلاح الدروع - لواء الحرس الأميري.
- مدرس سابق لدى معهد الدراسات المصرفية في البرامج الأكاديمية لطلبة الدبلوم المصرفي.
- محاضر ومقدم برامج تدريبية لدى معهد الدراسات المصرفية في دولة الكويت، ومقدم برامج تدريبية متخصصة عن الإعتمادات المستندية والضامنة والكفالات وخطابات الضمان وسندات التحصيل للشركات

والمؤسسات للقطاع الخاص والعام منذ سنة 1986، منها وزارة المالية
ووزارة العدل "إدارة الخبراء" وشركة صناعات الكيماويات البترولية
ومؤسسة الخطوط الجوية الكويتية.

 Bibliotheca Alexandrina



1167239